

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

Faute Personnelle et Faute du Service Public

Etude Jurisprudentielle
sur les Responsabilités de l'Administration
et de ses Agents

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Samedi 2 Décembre 1922, à 3 heures 1/2

PAR

Henri DUPEYROUX

Président : M. ROLLAND, Professeur

Suffragants :

{	M. JACQUELIN, Professeur
	M. MESTRE, chargé de cours.

PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU et C^{ie}

ÉDITEURS

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

1922

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.**

Faute Personnelle et Faute du Service Public

Etude Jurisprudentielle
sur les Responsabilités de l'Administration
et de ses Agents

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue le Samedi 2 Décembre 1922, à 3 heures 1/2

PAR

Henri DUPEYROUX



Président : M. ROLLAND, Professeur

Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{M. JACQUELIN, Professeur} \\ \text{M. MESTRE, chargé de cours.} \end{array} \right.$

PARIS
LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU
ROUSSEAU et C^{ie}
ÉDITEURS

14, rue Soufflot et rue Toullier, 13

—
1922

PRÉFACE

La double question de la responsabilité de l'Administration et de la responsabilité personnelle des fonctionnaires est, grâce à son étendue et aussi à son actualité sans cesse renouvelée, un des problèmes du droit public, sur lequel s'est le plus concentrée l'attention des juristes; son évolution si rapide au cours des vingt-cinq dernières années a donné lieu à l'élaboration de théories hardies et ingénieuses, d'ouvrages remarquables. Peu de sujets furent aussi débattus, aussi passés au crible d'une perpétuelle critique, aussi fouillés et retournés dans tous les sens.

Il nous a paru toutefois que la plupart des auteurs qui ont abordé l'étude de la responsabilité, y avaient apporté le moule tout préparé d'idées déjà faites, leur tournure d'esprit et leur manière personnelle de concevoir, affirmées encore par l'élaboration antérieure de l'ensemble de leurs théories; que leur liberté d'esprit avait été gênée par le souci d'aboutir sur ce sujet à une solution qui vienne harmonieusement s'encadrer dans

le plan général de leur doctrine ; et que la recherche de la vérité juridique avait un peu souffert de méthodes trop personnelles et systématiques.

Nous avons pensé que, pour aboutir à des conclusions serrant d'aussi près que possible la réalité, il convenait avant tout d'interroger les juridictions prétoriennes qui, à l'heure actuelle en France, créent chaque jour le droit administratif. Le Tribunal des Conflits et le Conseil d'Etat ont certes toujours répugné à poser fermement des principes par quoi leurs décisions ultérieures pourraient être en quelque mesure engagées, déterminées, et leur pleine liberté de juger entravée ; mais il nous a semblé cependant que le seul principe d'équité dont ils se réclament, offrait, émanant d'assemblées aussi savantes, autant de garanties d'unité et de logique que le plus rationnel des systèmes ; nous avons pensé que le plus sûr moyen d'arriver à des formules reflétant le mieux l'exactitude juridique était de chercher du côté de cette équité jurisprudentielle, d'en décrire les différentes manifestations, et d'essayer de les traduire.

Nous avons donc pour cette étude adopté comme méthode essentielle un dépouillement minutieux des arrêts du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat, et nous avons choisi, comme les guides les plus sûrs pour l'interprétation de ces arrêts, les savantes conclusions des Commissaires du Gouvernement, ainsi que les judicieux commentaires de la doctrine dans les recueils de jurisprudence, tels que les admirables notes de M. le doyen Hauriou dans le recueil de Sirey, dont nos critiques ou

notre adhésion montreront que nous nous sommes très largement inspiré.

A l'objection que l'on nous fera peut-être que, durant ces dernières années notamment, le Conseil d'Etat a souvent varié et qu'il est un peu téméraire de vouloir dégager des principes fermes de décisions parfois contradictoires, nous répondrons qu'à notre sens, il y a dans les sentences du Conseil d'Etat beaucoup moins variation qu'évolution logique et mesurée ; que cette évolution suit pas à pas, et les reflète, les transformations du droit administratif qui est un droit neuf, plein de vie et de devenir ; que l'expérience montre trop combien par suite tout vieillit vite qui concerne ce droit, pour que nous ayons jamais songé à des formules plus ou moins définitives.

Ce qui paraît au premier abord justifier la critique que l'on serait tenté de nous faire, n'est d'ailleurs, à notre avis, qu'une apparence qui tient au fait suivant : dans leurs conclusions, les Commissaires du Gouvernement sont parfois amenés à greffer sur l'espèce étudiée tout un échafaudage juridique, en vue de justifier la solution qu'ils proposent au Conseil d'Etat d'adopter. Mais si la grande majorité des conclusions essaie de se baser sur les tendances traditionnelles de la haute juridiction administrative, on retrouve parfois dans certaines autres l'influence de théories nouvelles dont il serait excessif de conclure que le Conseil d'Etat les adopte en adoptant la solution proposée. Il est possible d'atteindre le même but par des voies différentes, et, le plus souvent, d'expliquer un arrêt du Conseil d'Etat aussi

bien par ses doctrines traditionnelles que par la théorie personnelle d'un Commissaire du Gouvernement.

Au reste, comme l'étude de son évolution jurisprudentielle nous le montrera, le Conseil d'Etat changerait-il même parfois de théories, il ne faudrait au fond voir là qu'un simple prétexte juridique pour justifier des solutions que l'équité impose. Le Conseil d'Etat est juge beaucoup plus que juriste, ce qui explique un certain détachement à l'égard des systèmes. D'ailleurs, les solutions une fois consacrées, et l'appareil juridique écarté, encore resterait-il à voir si l'on ne découvre pas dans la longue série des décisions une grande pensée latente.

C'est donc les décisions du Conseil d'Etat que nous avons étudiées, et l'esprit qui anime la haute assemblée, ses tendances, que nous avons tâché d'approfondir. Il nous a paru que l'étude de notre sujet pouvait de ce point de vue être envisagée sous un nouveau jour, et faire un pas de plus dans le sens de la vérité. Nous avons cherché la description d'une jurisprudence plutôt que la systématisation de la question.

Voilà dans sa ligne essentielle notre méthode. Une fois posée, il nous a paru qu'une introduction assez large de la question s'imposait. Aussi avons-nous consacré notre première partie à l'exposition du problème, à ses origines, à la manière dont se forma la doctrine du Conseil d'Etat, aux doctrines aussi des différents juristes. Cela fait, nous avons abordé l'examen détaillé de la jurisprudence, et l'étude de la faute personnelle fait l'objet de notre deuxième partie ; nous avons morcelé

le sujet pour diviser la difficulté, et atteindre à autant d'exactitude que possible dans les détails. — Dans notre troisième partie, nous avons essayé de dégager dans ses grandes lignes la conception jurisprudentielle de la responsabilité de la puissance publique. — La quatrième, enfin, a été consacrée à l'étude du système du cumul des responsabilités sur lequel toute l'actualité de la question paraît maintenant se concentrer.

Que notre maître, M. le Professeur Mestre, veuille bien accepter, au seuil de cette étude, le témoignage de notre reconnaissance, et M. le Professeur Rolland, nos remerciements pour les sages et indulgentes observations dont il a aidé notre travail.

BIBLIOGRAPHIE

I. — JURISPRUDENCE

Recueil des Arrêts du Conseil d'Etat,

Recueil Sirey.

Recueil Dalloz.

II. — CONCLUSIONS DES COMMISSAIRES DU GOUVERNEMENT

Conclusions DAVID, 8 février 1873. Blanco.

— DAVID, 26 juillet 1873. Pelletier.

— DAVID, 9 janvier 1874. Aubery.

— DAVID, 5 juin 1874. Chéron.

— LAFERRIÈRE, 5 mai 1877. Laumonnier-Carriol.

— LE VAVASSEUR DE PRÉCOURT, 23 juin 1882. Lardaud.

— CHANTE-GRELLET, 19 novembre 1881. Bouhier.

— MARGUERIE, 8 août 1884. Anaclel.

— ROMIEU, 21 juin 1895. Cames.

— TEISSIER, 29 mai 1903. Le Berre.

— ROMIEU, 10 février 1905. Tomaso Greco.

— ROMIEU, 19 avril 1907. Gleize.

— TEISSIER, 29 février 1908, Feutry.

- TARDIEU, 2 juin 1908, Morizot.
- CHARDENET, 19 février 1909. Olivier.
- FEUILLOLEY, 23 juillet 1909. Carbonnel.
- CORNEILLE, 23 juin 1916. Thévenet.
- BLUM, 26 juillet 1918. Lemonnier.
- CORNEILLE, 28 mars 1919, Regnault-Desrozier.
- CORNEILLE, 21 mai 1920. Colas.

III. — NOTES DE JURISPRUDENCE

Les notes de M. Hauriou au Recueil *Sirey* et notamment :

HAURIOU, S. 1863. 3. 65. sous Mohammed.

- S. 1893. 3. 81. sous Lagrave.
- S. 1894. 3. 113. sous Chabrand.
- S. 1897. 3. 33. sous Cames.
- S. 1898. 3. 49. sous Métivier.
- S. 1900. 3. 1. sous Lepreux.
- S. 1900. 3. 89. sous Deyres-Uhel.
- S. 1901. 3. 57. sous Maugras.
- S. 1902. 3. 41. sous Ville de Paris.
- S. 1903. 3. 113. sous Grazietti.
- S. 1904. 3. 17. sous Saint-Just.
- S. 1904. 3. 121. sous Le Berre-Villenave.
- S. 1905. 3. 17. sous Zimmermann.
- S. 1905. 3. 143. sous Tomaso Greco.
- S. 1907. 3. 49. sous Lacourte.
- S. 1908. 3. 97. sous Feutry.
- S. 1908. 3. 83. sous Morizot.
- S. 1909. 3. 49. sous de Fouscolombes.

- S. 1910. 3. 1. sous Zeilabadine.
- S. 1910. 3. 129. sous Piment.
- S. 1911. 3. 137. sous Anguët et Delpech-Salgues.
- S. 1912. 3. 161. sous Ambrosini.
- S. 1918. 3. 15. sous Regnault-Desroziers.
- S. 1918. 3. 41. sous Lemonnier.
- DUGUIT. S. 1918. 2. 1. sous Montpillié.
- MESTRE. S. 1918. 1. 209. sous Montpillié.
- S. 1921. 1. 353. sous Société des Tramways de
Nice.
- S. 1922. 1. sous Laur.
- JÈZE. *Revue de Droit Public*. 1905. p. 562.
- — — — — 1908, p. 668.
- — — — — 1909, p. 267.
- — — — — 1910, pp. 72 et 245.
- — — — — 1918, p. 401.
- — — — — 1919, pp. 41 et 239.
- — — — — 1920, p. 405.
- APPLETON. D. 1921. 1. 41.

IV. — OUVRAGES DE FOND, ARTICLES ET THESES

- AGARD. — *Documents relatifs aux indemnités*. Thèse, Toulouse, 1911.
- ALCINDOR. — *De la nullité des actes administratifs*. Thèse, Paris, 1912.
- AUCOC. — *Conférences sur le droit administratif*, 3^e édit., 1885.

- BAILBY. — *De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers*. Thèse, Bordeaux, 1901.
- JOSEPH-BARTHÉLÉMY. — *L'ordre hiérarchique*, article dans la *Revue du Droit Public*, 1914, p. 401.
- BERNARD. — *De la responsabilité personnelle des fonctionnaires envers les tiers*. Thèse, Bordeaux, 1909.
- BERTHÉLEMY. — *Traité de Droit administratif*, 8^e édit., 1916.
- BONNARD. — *Responsabilité civile et pénale des agents en Angleterre, aux Etats-Unis et en Allemagne*, Rennes, 1914.
- BOULEN. — *Responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs*. Thèse, Rennes, 1902.
- CHANTE-GRELLET et PICHAT. — *Les Fonctionnaires publics au Répertoire Béquet*.
- COUZINET. — *Etude sur la responsabilité des groupements administratifs*. Thèse, Toulouse, 1912.
- COT. — *Responsabilité civile des fonctionnaires*. Thèse, Paris, 1922.
- DARESTE. — *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, 1914.
- DEPAULE. — *Etude historique sur la responsabilité des fonctionnaires*. Thèse, Toulouse, 1902.
- DUGUIT. — *Les Transformations du Droit public*.
- DUGUIT. — *Droit Constitutionnel*, 1911.
- DUGUIT. — *L'Etat, le Gouvernement et les Agnts*, 1903.
- FLINIAUX. — *Du cumul des responsabilités*. Article paru dans la *Revue de Droit public*, 1921, p. 333.
- FROMAGEOT. — *De la faute comme source de la responsabilité*.

- GIBERT. — *La discipline de la fonction publique*. Thèse, Paris, 1912.
- GUÉRIN. — *Responsabilité civile des fonctionnaires administratifs envers les particuliers*. Thèse, Paris, 1895.
- HAURIOU. — *Traité de Droit administratif*, 9^e édit.
- HAURIOU. — *Principes du Droit public*, 1916.
- JACQUELIN. — *Principes du Contentieux administratif*, 1899.
- JÈZE. — *Les principes généraux du Droit administratif*, 2^e éd.
- LAFERRIÈRE. — *Traité de la Juridiction administrative*, 2^e éd. 1896.
- LORNE. — *Responsabilité civile des personnes morales et de leurs représentants*. Thèse, Paris, 1910.
- MESTRE. — *Responsabilité pénale des personnes morales*. Thèse, Paris, 1899.
- MICHOUD. — *De la Personnalité morale*.
- MICHOUD. — *Responsabilité de l'Etat pour fautes de ses agents*. Articles dans la *Revue de Droit public*, 1895.
- DE NESMES-DESMARETS. — *Responsabilité civile des fonctionnaires*. Thèse, Montpellier, 1910.
- PÉRREAU. — *Responsabilité des fonctionnaires autres que les Ministres envers les particuliers*. Thèse, Bordeaux, 1895.
- PLANTÉ. — *De la mise en jugement des fonctionnaires*. Thèse, Toulouse, 1910.
- RAJON. — *Responsabilité de l'Administration du chef de ses agents*. Thèse, Lyon, 1906.
- ROGER. — *Responsabilité civile de l'Etat*. Thèse, Montpellier, 1900.
- SANT'ANDRÉA. — *La faute de service*. Thèse, Paris, 1905.

SIMONET. *Droit administratif.*

TEISSIER. — *De la responsabilité de la puissance publique,*
1906.

TIRARD. — *De la responsabilité de la puissance publique,*
1906.

PREMIÈRE PARTIE

Fait Personnel et Fait de Service

CHAPITRE I

Exposition de la Question

I

L'Administration, chargée de la gestion des services publics, gestion anormale par rapport à l'action individuelle, est tenue pour la mener à bien d'user de procédés exorbitants ; de telle sorte que, si un particulier, par le simple jeu de sa libre activité, en arrive à nuire à son voisin, de même par sa gestion toute spéciale et débordant le cadre de l'activité humaine, l'Administration est amenée à plus forte raison à léser les individus, à causer du dommage autour d'elle. Il n'y a point d'activité sans préjudice parce qu'il n'y a point en ce monde d'activité sans errements, et les errements de l'Administration sont susceptibles d'une fréquence et d'une ampleur dangereuses.

Si cependant, lorsque, un dommage ayant été causé à un particulier à l'occasion d'une opération administrative, on en vient à en rechercher l'auteur, on finira par remonter à une erreur, à une faute initiales, qui seront l'œuvre humaine d'un homme investi de fonctions spéciales dans la société, à l'erreur, à la faute d'un fonctionnaire. A ce sujet, le point de vue doctrinal importe peu, et, à quelque système que l'on se rallie concernant l'essence de l'Administration et la nature

juridique de ses rapports avec ses agents, lorsqu'un préjudice aura été causé, il faudra toujours, en principe, remonter à la faute d'un fonctionnaire (1).

Ce fonctionnaire est un homme tout particulier ; il fait partie d'une classe à part dans la nation ; qu'il soit préfet, maire, contrôleur, percepteur, cet homme est revêtu de par la loi d'un caractère spécial. Cet homme a une vie privée comme les autres et dans cette vie privée une personnalité plus ou moins affirmée. Mais dans la vie publique, cette personnalité s'efface devant le caractère officiel que lui impose le règlement. Dans la vie sociale, cet homme devient un personnage quasi abstrait ; son activité n'est plus soumise à la loi de la concurrence, n'est même plus, semble-t-il, empreinte de liberté. Le fonctionnaire doit obéir au règlement qui fixe son rôle, et s'il est chargé parfois de pouvoirs formidables qui font de lui, dans les rapports sociaux, un homme supérieur aux autres, l'exercice de ces pouvoirs est limité au but en vue duquel la loi les lui confère ; l'ordre de la hiérarchie enfin « agit » le fonctionnaire. Et cependant, sous le titre dont la loi le recouvre, il y a un caractère, une intelligence, une âme humaine. Le fonctionnaire est comme tous les autres hommes, limité, relatif, faillible. Quel que soit le personnage abstrait qu'on veuille le faire devenir, il demeure un homme sujet à des faiblesses, à des passions, à des erreurs, à des manquements au devoir.

(1) Voir 3^e partie, chap. II, § V.

Or, c'est à ce fonctionnaire que sont confiés les pouvoirs exorbitants que possède l'Administration, pour la gestion des services publics ; il pourra s'en servir de plusieurs manières : soit les appliquer exactement à leur but, soit en user dans un but d'intérêt personnel, soit enfin en mésuser de bonne foi. La négligence est chose humaine par excellence, et d'autre part, certains fonctionnaires peuvent parfois ne pas exactement se rendre compte de la portée de leur action ; l'activité exceptionnelle de l'Administration les place enfin dans une sphère spéciale où leur action peut entraîner des dommages démesurés.

Or, il ne peut y avoir pour le fonctionnaire, comme cela a lieu pour les autres hommes, assimilation complète de sa vie privée et de sa vie professionnelle. Si le fonctionnaire est l'agent de l'Administration, celle-ci ne peut pas toutefois prendre à son compte les fautes qu'il commet dans sa vie privée, notamment les délits et crimes dont il peut se rendre coupable, assassinats ou vols, ni même les fautes d'ordre privé qui lui échappent dans l'exercice de ses fonctions, mais d'autre part, il n'y a aucun rapport de proportion entre les responsabilités encourues dans la gestion administrative et celles dont peut se charger un particulier quelconque.

On se trouve donc partagé entre ces deux intérêts dont il faut également tenir compte, ou tout au moins entre lesquels il faut établir un équilibre dosé selon l'opportunité politique ou sociale : d'une part, puisque l'Administration n'agit que par l'intermédiaire de fonc-

tionnaires, il est nécessaire de faire peser sur ceux-ci la menace d'une certaine responsabilité, afin qu'ils prennent garde au bon fonctionnement du service dont ils ont la charge ; et pour cela, il faut que le fonctionnaire se sente surveillé par les administrés. Certes, il convient aussi de prévoir une responsabilité d'ordre disciplinaire, mais cela ne suffit pas. Dans un état parvenu au stade démocratique, il faut que tout citoyen ait un droit de regard sur les choses de l'Administration, afin que celle-ci ne puisse étouffer les scandales que, par abus de leur pouvoir, les agents de l'Etat seraient amenés à faire naître.

Mais, d'autre part, si la bonne marche des services dépend d'une surveillance étroite, exercée par l'ensemble des citoyens sur les fonctionnaires, il importe de ne point faire peser sur ceux-ci le poids d'une responsabilité trop lourde. Un fonctionnaire est un homme qui doit répondre des actions d'un homme, avec des moyens humains. Certaines actions de l'Administration, et les responsabilités qui en découlent, dépassent sa portée.

Il importe enfin et surtout — et ici la question se pose sur un terrain essentiellement pratique que les auteurs, emportés par le soin de la belle ordonnance juridique, ou les juridictions, combattant pour leur compétence, ont parfois négligé. — il importe que les particuliers lésés soient indemnisés, et d'une manière juste et effective. S'il faut, d'un côté, faire la part d'un certain équilibre entre l'Administration et ses agents, au point de vue de leur responsabilité respective, il ne faut pas

oublier que ce départ doit être soigneusement envisagé du point de vue de l'intérêt public, de l'équité sociale. Il est d'ailleurs évident que les particuliers auront beaucoup plus d'intérêt à charger l'Etat que les fonctionnaires. Dans un système d'irresponsabilité absolue de la puissance publique, il y a bien des chances pour que de nombreux particuliers, gravement lésés par l'action de l'Etat, ne trouvent jamais, même au cas où un fonctionnaire déterminé est rendu responsable du dommage causé, la compensation à laquelle l'équité leur donne droit. Les ressources, la capacité de répondre du fonctionnaire sont limitées, celles de l'Etat ne le sont point en principe (1).

Ces trois idées générales, intérêt primordial des particuliers, responsabilité nécessaire des fonctionnaires, mais responsabilité limitée, et, par conséquent, responsabilité de l'Etat admise, dans une mesure d'autant plus large qu'il s'en va de l'intérêt des individus, vont déterminer un départ très net entre deux sphères qui seront

(1) « Il en résulte des garanties plus grandes au point de vue de la solvabilité de son débiteur, car l'Etat est toujours présumé solvable, tandis qu'un fonctionnaire, même en se ruinant, ne pourrait le plus souvent offrir qu'une compensation dérisoire des pertes qu'il a causées. » (Laferrière, I, 115). — « Ce n'est pas en poursuivant des fonctionnaires qu'un citoyen maintiendra efficacement son droit contre les entreprises de l'Etat. C'est contre l'Etat qu'il doit agir directement, parce que, dans la plupart des cas, c'est l'Etat qui a fait le mal et qui peut seul le réparer. » (R. Dareste, *La justice administrative en France*, p. 524).

l'une, celle de la responsabilité de l'Etat, l'autre, celle de la responsabilité de l'agent.

Ce partage des deux responsabilités pourra être opéré de façons très diverses, suivant l'esprit qui présidera à son accomplissement. En France, il a toujours été envisagé comme une question de mesure et d'opportunité. Sous le régime de la forte centralisation conçu par le génie impérial, et qui subsista durant tout le XIX^e siècle, la question était réglée par l'art. 75 de la Constitution de l'An VIII, la responsabilité du fonctionnaire, admise dans des cas graves, ne pouvait être mise en jeu qu'après une autorisation de poursuites accordées par le Conseil d'Etat d'avant 1870, qui, sur l'ordre du Maître, ne se faisait point faute de la refuser (1). De nos jours, la solution de principe du problème est donnée par la construction jurisprudentielle érigée, lors de l'arrêt Pelletier, sur la base de la distinction entre le fait personnel et le fait de service. Ce n'est pas ici encore le lieu d'approfondir ces deux notions, qui peuvent se ramener, au point de vue du fonctionnaire, à une discrimination entre les fautes professionnelles et les fautes personnelles. Nous étudierons plus tard les éléments qu'elles sont susceptibles de

(1) « Sous l'empire de l'article 75, quand un particulier, lésé par un fonctionnaire, demandait l'autorisation de le poursuivre, et que l'Administration, en reconnaissant les torts de son agent, voulait étouffer l'affaire, elle le frappait d'une peine disciplinaire et, estimant que celle-ci constituait une satisfaction suffisante pour la partie lésée, refusait à celle-ci l'autorisation de poursuivre. » (Tardieu, *Conclusions dans l'affaire Morizot*, C. d'E., 2 juin 1908).

contenir et nous examinerons si ce contenu même n'a point varié suivant les temps. — Notre intention est seulement de décrire ici les intérêts qui s'attachent à cette distinction et la place importante qu'elle occupe dans l'ensemble du droit.

II

Nous étudierons tout d'abord les intérêts de la distinction entre le fait personnel et le fait de service.

Au premier plan se place la question de compétence. C'est d'ailleurs sous l'angle de la compétence que, dans l'histoire de la jurisprudence, la question s'est posée, et de la façon la plus aiguë, après 1870. Les tribunaux judiciaires et administratifs sont, au premier chef intéressés à la question des responsabilités. Le fait personnel doit, en effet, rentrer dans la compétence des tribunaux judiciaires, ce qui évite l'objection de partialité qu'il serait possible d'adresser aux tribunaux administratifs. Ceux-ci qui font, dans une certaine mesure, corps avec l'Administration, pourraient être portés, à couvrir les agents de l'Etat. Devant les tribunaux judiciaires, ces agents sont accusés comme de simples individus et leur responsabilité est appréciée selon le droit commun.

Il est manifeste que si un fonctionnaire s'est rendu coupable d'un délit ou d'un crime, ou, d'une façon générale, d'une faute d'ordre privé, la connaissance en doit revenir aux tribunaux judiciaires, et cette compétence,

s'exercer, que le délit en question ait été commis dans la vie privée ou dans l'exercice même des fonctions. C'est là, d'ailleurs, le point délicat, car si, dans la recherche de la responsabilité pour une faute commise à l'occasion d'une opération administrative, on en arrive, n général, à remonter à des fautes individuelles de fonctionnaires, il faudra distinguer entre celles-ci, celles qui, en équité, doivent entraîner la responsabilité personnelle de l'agent, et celles pour lesquelles celui-ci doit être couvert par l'Administration. C'est un point que nous tâcherons de préciser par la suite ; mais tandis que, dans le premier cas, l'agent fautif tombera sous la juridiction des tribunaux judiciaires, dans le cas, au contraire, où il est couvert par l'Administration, c'est alors le fonctionnement des services publics qui est en jeu, et, comme les tribunaux administratifs ont toujours proclamé (c'est leur raison d'être) leur compétence dans les procès qui touchent *lato sensu* aux services publics, cette compétence va s'affirmer devant les prétentions parfois très nettes des tribunaux ordinaires.

C'est, nous l'avons dit, sous la forme de cette lutte de compétence que la question de la discrimination entre les deux responsabilités s'est posée après 1870, comme nous aurons à l'examiner au chapitre suivant. Le décret du 19 septembre 1870, qui paraissait porter dérogation absolue au principe révolutionnaire de la séparation des pouvoirs, déclancha entre les deux ordres de juridiction un conflit de trois ans. Ce n'est qu'après une

lutte très vive que les positions respectives des deux ordres se stabilisèrent dans l'équilibre basé sur notre distinction. Ce point de vue de la compétence est donc une des faces par lesquelles se saisit le mieux l'intérêt de la question. Aujourd'hui le problème est le même, quoique se posant d'une façon opposée. La lutte des compétences avait abouti à cette sorte de traité qu'était la distinction à faire entre le fait personnel et le fait de service — rôle attribué au Tribunal des Conflits, arbitre suprême. De nos jours, dès qu'est résolue par le Tribunal des Conflits la question de la nature de la faute, est réglé du même coup le partage des compétences.

Il n'y a d'ailleurs pas à considérer dans cette question de compétence, le seul point de vue de la belle ordonnance juridique, mais aussi celui, plus pratique, de l'intérêt qu'ont les requérants de savoir avec certitude à quelle juridiction s'adresser (car les délais sont parfois fort courts, la procédure difficile et rebutante, les procès coûteux) et celui aussi de l'intérêt qui s'attache à l'esprit particulier aux deux ordres de juridiction : car, dans les mêmes affaires et pour des espèces quasi identiques, les tribunaux administratifs et judiciaires trancheront d'une façon différente; par suite de leurs dispositions propres, de leurs coutumes, de leur tradition, en un mot, selon leur esprit particulier. C'est là une considération sur laquelle l'examen de la jurisprudence nous fera souvent revenir. Mais deux points de vue essentiels dérivant directement de la compétence, viennent donner plus de relief encore à la discrimination des responsabilités ;

nous voulons parler de l'appréciation même de la responsabilité, et de la question du mode de preuve.

Si nous devons étudier plus tard, dans notre troisième partie, cette question de l'appréciation de la responsabilité, il nous faut cependant montrer ici brièvement à quel point cette appréciation diffère, suivant que l'on présente l'affaire à la juridiction judiciaire ou à la juridiction administrative, et par conséquent, quel intérêt il y a à savoir qui, de l'Administration ou de son agent, doit être mis en cause. Il est évident que la faute reprochée personnellement à un fonctionnaire, abstraction faite de toute idée de profession, sera jugée par les tribunaux ordinaires et appréciée suivant les principes du droit commun. Par exemple, si l'action publique est intentée à propos d'un crime ou d'un délit, les juges ouvriront le Code pénal ; — si c'est un délit civil dont on demande réparation, l'art. 1382 jouera. Le fonctionnaire aura, par exemple, abusé de ses fonctions pour porter intentionnellement préjudice à autrui ; il en sera responsable suivant le droit commun ; toute une série d'éléments serviront à l'appréciation du juge : l'intention d'abord — puis l'intelligence du fonctionnaire, sa situation, son milieu, etc.

Mais les tribunaux administratifs qui, eux, ont à connaître des espèces où la responsabilité de l'Etat est mise en jeu, (et nous sommes ici tout de suite, dans une sphère complètement différente de la précédente) ont toujours proclamé que les principes du droit commun étaient inapplicables aux cas où l'Etat était en cause,

L'Etat, quelle que soit l'idée qu'on se fasse de sa nature, (personne réelle, eutité, ou fiction), est une institution dont l'activité anormale ne peut pas être appréciée comme celle d'un particulier. Sa responsabilité, par rapport à celle d'un individu, doit être parfois atténuée, parfois aggravée. Il faut admettre pour l'Etat des nécessités qui excusent certains agissements anormaux, nécessités que l'on retrouve dans la théorie de l'acte de gouvernement et de la raison d'Etat, dans la théorie du pouvoir discrétionnaire. Il faut considérer, d'autre part, comme but de son activité, l'intérêt d'une nation, de tout un peuple. Sa responsabilité s'appréciera donc d'une manière spéciale. Dans le cours du siècle dernier, que ce soit avant ou après 1873, les tribunaux administratifs ont proclamé leur compétence sur ce point, et comme corrolaire, le droit imprescriptible d'apprécier la responsabilité de l'Etat, non point selon les principes du droit commun de l'art. 1382, rejetés ici comme trop étroits, mais selon un principe supérieur d'équité dont l'article 1382 n'est qu'une application dans les rapports privés des particuliers entre eux.

Enfin, suivant que telle faute d'un agent quelconque de l'Administration sera jugée comme personnelle ou professionnelle, suivant que la connaissance en sera donnée aux tribunaux judiciaires pour juger le délinquant ou aux tribunaux administratifs pour juger l'Etat, la question de l'Administration de la preuve se posera d'une façon toute différente. C'est là un point de vue d'une grande importance pratique : Les tribunaux judi-

ciaires, en effet, les tribunaux civils du moins ne jugent que sur les preuves apportées par les particuliers ; il faut, lorsque la faute est imputée à l'agent en son nom personnel, que la preuve en soit fournie d'une façon irréfutable par l'individu lésé, et ce n'est pas souvent chose facile que d'aller fouiller dans les arcanes de l'Administration, pour y saisir le document tangible, la preuve matérielle ; — si au contraire, la faute de l'agent est d'un tel ordre que, mise au compte de l'Etat, elle doit être appréciée par les tribunaux administratifs, le particulier qui réclame l'indemnisation du préjudice causé, ne devra fournir qu'un commencement de preuves, le juge administratif se chargeant lui-même, pour la plus grande part, de l'instruction.

III

Ainsi se pose une question qui, en apparence étroite et toute de minutieuse subtilité, est lourde de conséquences et de sens. Point central au point de vue du droit administratif, elle est le creuset où viennent s'éprouver les théories les plus essentielles de ce droit : la nature juridique des fonctions publiques, la nature des rapports juridiques qui relient l'Etat et ses agents, le grave problème de la responsabilité de la puissance publique, etc. Un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions commet-il une faute, les problèmes essentiels du droit administratif sont mis en jeu à propos de cette question de détail.

Au point de vue du droit public en général, aboutissement logique et pratique du vieux principe de la séparation des pouvoirs, la distinction posée par l'arrêt *Pelletier* est en quelque sorte la grande ligne de partage des eaux, d'après laquelle va se faire la discrimination des compétences des deux ordres de juridiction. Elle est la transition subtile, par laquelle, du droit privé où sont sondées, selon les principes du droit commun, les intentions profondes des agents de l'Administration, considérés comme simples particuliers ayant agi dans le cercle de la vie ordinaire, nous arrivons tout naturellement à la sphère spéciale de la compétence administrative, avec son esprit propre, résultat d'une longue tradition de conscience et de lutte, compétence spéciale qui, eu égard à la partie en cause, prétend se passer de codes et de textes, pour ne se laisser guider que par le principe d'une justice supérieure dont le Code civil n'est qu'une application dans une branche particulière ; — elle est et demeure dans son évolution la sauvegarde du fonctionnaire, la borne qui interdit aux particuliers les poursuites injustes contre les agents de l'Etat, aux tribunaux judiciaires l'immixtion dans la sphère administrative, l'appréciation des actes administratifs. Ainsi, de même qu'elle est à la base de l'ordre juridique actuel, elle prend du point de vue de la séparation des pouvoirs une importance constitutionnelle considérable.

Cette importance apparaîtra d'autant plus si l'on songe à la pression de l'opinion publique, sous la poussée de laquelle, le premier geste du Gouvernement Provisoire

fut le décret d'abrogation de l'art. 75 de la Constitution de l'An VIII. Dans un Etat moderne où s'est révélé depuis longtemps, et se développe de jour en jour l'esprit démocratique, la question de la responsabilité des fonctionnaires ne laisse plus l'opinion indifférente. L'Administration a poussé trop avant ses racines dans les différentes branches de l'activité nationale, ses agents sont désormais en contact sur trop de points avec les particuliers, dans leur vie de chaque jour, pour que ne se pose pas avec une fréquente acuité, le problème de la responsabilité. L'opinion publique se préoccupe de nos jours des choses de l'Administration parce que l'Administration agit sous les yeux du public. Et si, d'une part, l'esprit de liberté s'est assez affermi pour que le point de vue de la réparation du dommage ne soit plus envisagé avec la dédaigneuse parcimonie d'autrefois, d'autre part, l'esprit d'équité réclame que la charge ne soit supportée par celui à qui incombe véritablement la responsabilité intime de la faute commise. Nous avons donc assisté depuis quarante ans, à un développement prodigieux de la responsabilité de la puissance publique, car il faut que les particuliers soient indemnisés, c'est là le premier point. Mais si le droit et la jurisprudence ont singulièrement évolué à ce sujet et si l'on a été logiquement amené, dans un but de réparation effective et juste, à substituer dans des cas de plus en plus fréquents l'Etat aux fonctionnaires, il subsiste, très profondément enracinée dans l'esprit du peuple, cette opinion qu'il y a certaines responsabilités auxquelles on

n'échappe pas, certaines fautes que l'Etat ne peut pas couvrir, sans heurter le sentiment populaire de la justice.

Et ici se révèle le merveilleux équilibre de l'esprit de notre race ; car, si le point de vue pratique n'est point perdu de vue dans l'organisation française de la responsabilité, si, au contraire, les efforts de notre jurisprudence administrative ont été constamment dirigés vers une réalisation de plus en plus achevée de la réparation, comme nous le verrons, par exemple, à la fin de cette étude, dans l'examen du système du cumul, toutefois, des considérations supérieures de moralité ont exigé le maintien d'un système mixte permettant l'attribution à chacun des responsabilités qui, en équité, lui incombent. L'étude de la législation comparée montre quels systèmes différents sont adoptés à l'étranger, systèmes anglo-saxons d'une part qui, découlant d'un individualisme de principe, écartent toute idée de responsabilité de la puissance publique et n'admettent de réparation des dommages causés que par les agents administratifs, qui en ont été les auteurs ; systèmes germaniques d'autre part qui, basés sur une conception étatique, font remonter jusqu'à l'Etat la charge de toutes les fautes, même des fautes intentionnelles des fonctionnaires. Aucun de ces deux points de vue systématiques à outrance ne pouvait s'adapter à la mentalité française, et les derniers arrêts du Conseil d'Etat montrent avec combien d'indépendance et d'originalité, notre jurisprudence administrative, poursuit en-

tre ces deux pôles extrêmes, une évolution dégagée de toute influence extérieure. Seul, le souci d'une juste mesure la guide. Concilier la conception pratique d'indemnisation des administrés lésés par les opérations administratives, et la conception morale d'une juste répartition de la charge de l'indemnité entre l'Administration et fonctionnaire selon la responsabilité véritable de chacun, tel a été son souci dominant de toujours, dont on peut retrouver la trace dans la longue série de ses arrêts depuis cinquante ans. Un tel souci de juste mesure devait exiger une recherche patiente, de longs tâtonnements, une évolution de chaque instant qui se poursuit encore ; — évolution en quelque sorte intérieure, progressant au hasard des espèces, évolution où la conscience du juge n'a cessé de dominer les conceptions du juriste et de les plier à son service, évolution par conséquent à la fois hésitante et hardie, décisions prudentes, mais maniement d'autant plus hardi, des théories juridiques qu'elles sont envisagées comme de purs moyens pour la réalisation de l'équité. C'est ainsi qu'entre les théories extérieures pratiquées à l'étranger, s'est érigée à la longue une théorie française faite de nuances et de mesure, fondée à l'origine sur une distinction subtile et d'application délicate, conçue de manière à atteindre, chacune dans sa sphère propre, les responsabilités respectives de l'Administration et de ses agents, décidée à ne jamais sacrifier l'une à l'autre, et amenée ainsi, à un stade tout récent de son évolution, à adopter un système de cumul de responsabilités, par quoi est

ménagé le double souci de l'indemnisation de la victime et de l'attribution de la responsabilité à qui elle incombe en conscience, système riche encore en promesses, où l'évolution du Conseil d'Etat trouve son couronnement et la marque même de son originalité.

CHAPITRE II

Conception traditionnelle

I

Les jugements que l'on peut porter sur le système de garantie personnelle institué par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII sont très divers, d'autant que ce système, durant tout le siècle pendant lequel il fut appliqué, fut adopté par des régimes d'essence différente et répondit à des besoins d'ordres divers : principe révolutionnaire d'égalité tout d'abord, principe opposé d'autorité et de despotisme sous l'Empire. Mais quels que soient ces jugements et les critiques qu'il souleva tout au long du XIX^e siècle, ce système était, comme toutes les œuvres consulaires, solidement axé, et conçu selon une forte logique ; les efforts de ses détracteurs, en période de paix et de discussion parlementaire, demeurèrent vains, et il fallut la tourmente des premiers mois de la guerre de 1870 pour qu'il fut emporté dans le même tourbillon que le régime impérial (1).

(1) L'art. 75 de la loi du 22 frimaire An VIII était ainsi rédigé : « Les agents du gouvernement, autres que les Ministres, ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. » Ainsi conçu, cet article constituait une remarquable exception au principe de l'égalité des citoyens devant la loi,

Le décret du 19 Septembre 1870 qui l'abrogea, devait, dans l'esprit de ses rédacteurs faire table rase d'un seul coup : Art. 1er « L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est abrogé ; sont également abrogées toutes autres dispositions de lois générales ou spéciales ayant pour

mais cette exception se trouvait d'autre part justifiée par de nombreuses et sérieuses raisons : Si les fonctionnaires, tout d'abord, pouvaient être personnellement traduits devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, à raison de ceux de leurs actes que les particuliers considéraient comme portant atteinte à leurs droits, il serait facile d'éluder la règle d'après laquelle la juridiction administrative doit seule connaître en principe des réclamations dirigées contre les actes accomplis par l'Administration pour la gestion des services publics. Il suffirait, comme l'arrêt Laumonier-Carriol devait le signaler par la suite, de poursuivre l'Etat dans la personne de ses agents. Etait-il juste, d'autre part, que le supérieur laissât poursuivre l'inférieur ? Ne fallait-il pas enfin prendre des mesures de protection contre l'erreur, la haine, la malveillance et ne laisser traduire les agents en justice qu'à bon escient ?

Ces différentes raisons avaient motivé avec beaucoup de force le maintien de l'article 75 par les différents régimes qui se succédèrent, mais peu à peu cette arme gouvernementale ne servit plus qu'aux étouffements d'abus parfois criards, ainsi que le déclarait, devant l'Assemblée Nationale, le rapporteur de la loi du 24 mai 1872, Taillefer : « Nul n'ignore que l'article 75 était destiné à protéger les fonctionnaires contre les poursuites inspirées par des animosités privées, mais l'esprit de parti n'avait que trop souvent assuré l'impunité de leurs fautes en suspendant à leur profit le cours régulier de la justice. Blessée par cet abus, l'opinion publique s'était énergiquement prononcée pour l'abrogation de l'article 75, et nous ne craignons pas d'affirmer que, parmi les Décrets rendus par le Gouvernement de la Défense Nationale, l'un des mieux accueillis a été celui du 19 septembre 1870. » (*J. O.*, 18 avril 1872, p. 2614).

objet d'entraver les poursuites dirigées contre des fonctionnaires publics de tout ordre.

ART. II. : Il sera ultérieurement statué sur les peines civiles qu'il peut y avoir lieu d'édicter, dans l'intérêt public, contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre les fonctionnaires ».

Les conséquences de ce décret devaient dépasser singulièrement la pensée du gouvernement provisoire. Il semblait au premier abord que le principe de la séparation des pouvoirs fut définitivement abrogé ; que toute entrave à la poursuite des fonctionnaires fut écartée. Toute loi de protection étant même de ce fait supprimée, l'article 2 du décret prévoyait en outre d'autres lois qui viendraient mettre un frein au pouvoir du citoyen, désormais sans limites, de poursuivre les fonctionnaires ; il y a là une preuve que le gouvernement de la défense nationale avait songé aux poursuites téméraires et vexatoires auxquelles certains citoyens n'allaient pas manquer de se livrer. Mais ce qu'il ne pouvait avoir prévu, c'est la violente crise qui s'ensuivit entre les deux ordres de juridiction.

— Nous passerons rapidement sur cette période de 1870 à 1873 (1) pendant laquelle tous les principes de compétence semblent être abolis, où les deux ordres de juridiction sont en conflit déclaré, période où d'abord le décret est appliqué dans toute sa rigueur, — arrêt

(1) Toute cette période est parfaitement analysée dans la thèse de M. Nesmes-Desmarests (Montpellier, 1910).

de Cumont et Stofflet (Commission provisoire, 7 mai 1871) dans lequel, se prétendant diffamés par les termes d'un arrêté qui suspendaient leur journal, les propriétaires de l'*Union du Sud-Ouest* ayant assigné le préfet de Maine-et-Loire, sur conflit, la commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'Etat annule ledit arrêté malgré les conclusions de Laferrière (1) ; — arrêt Meyere (Req. 3 juin 72.) (2) par lequel le général poursuivi par un sieur Rollin pour un ordre arbitraire d'incarcération voit sa condamnation en première instance et en appel confirmée pour le motif « que le décret de 1870 a nécessairement pour effet d'appeler les tribunaux à apprécier et qualifier les actes imputés à un agent du gouvernement et qui donnent lieu à une action en réparation civile :— que si les tribunaux saisis devaient surseoir à statuer sur le fond jusqu'à ce que l'acte imputé ait été soumis à l'examen de l'autorité administrative, ce serait faire revivre sous une autre forme, en faveur des agents poursuivis, la garantie stipulée par l'article 75 que le décret du 19 septembre a eu pour but de faire entièrement disparaître ». Voir de même *Req.*, 25 janvier 1873, Engelhard, et *Crim.*, 20 janvier 73, Petit. (3).

(1) *Op. cit.*, I, 642.

(2) D. 1872, I. 385.

(3) D. 1873. I. 286.

Il est à noter un curieux changement de ton entre les attendus de l'arrêt Meyere et ceux de l'arrêt Engelhardt dont les termes ne semblent presque plus empreints d'opposition systématique ni de violence agressive : « Attendu que si, aux termes des lois de 1790 et de l'An III, il

La question apparaît en général sous l'aspect d'un conflit de compétence très aigu entre les deux ordres de juridiction : les tribunaux judiciaires, prétendant user du droit absolu que semblait leur conférer le décret de 1870 ; la juridiction administrative, renouvelée, renaissante, cherchant à asseoir solidement sa compétence. Mais, au fond, ce conflit, qui se poursuit pendant plus de 3 ans, était déterminé par une raison profonde, d'un ordre plus vaste, raison de circonstance tenant à la poussée réactive de l'opinion publique vers la nécessité de la réparation des dommages causés par les fonctionnaires. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, qu'à cette époque, c'est à peine si la question de la responsabilité de la puissance publique commence à se poser. C'est là une constatation importante sur laquelle nous reviendrons, car, dans cette matière, il importe de suivre pas à

est fait défense aux tribunaux (judiciaires) de connaître des actes administratifs, il ne s'ensuit pas qu'ils ne puissent, lorsqu'ils sont saisis de la poursuite d'un délit, apprécier les faits qui se rattachent à ces actes, les motifs qui leur ont servi de base et la responsabilité qui peut en résulter. »

En ce qui concerne l'arrêt Meyère, M. David fait remarquer dans ses conclusions sur l'affaire Pelletier, que, si l'interprétation donnée par la Chambre des Requêtes du Décret de 1870 était erronée, la solution donnée au fond était toutefois très équitable, aucun texte ne donnant à un général le pouvoir de faire arrêter et incarcérer pendant quinze jours un citoyen non militaire ; « le fait imputé n'était qu'un acte de force qui, bien qu'émané d'un fonctionnaire public, n'avait aucun caractère administratif et qui dès lors ne constituait pas un acte administratif, dont l'autorité administrative put revendiquer la connaissance. »

pas la marche parallèle, quoique non du même rythme, des deux responsabilités. Or, le décret de 1870 était très favorable aux intérêts particuliers des citoyens qui, dans le recours largement ouvert, grâce à lui, contre les fonctionnaires en leur nom personnel, pouvaient enfin aboutir à une indemnisation qui leur eut été refusée s'ils avaient dirigé leurs efforts du côté de la puissance publique. D'où, dès la paix de 1871, multiplication des poursuites contre les agents de tous ordres pour des actes ayant même au plus haut degré le caractère d'actes de puissance publique. Pour arrêter le flot, le Gouvernement ne pouvait, sans risquer de heurter l'opinion publique, revenir sur sa décision et abroger le décret : la garantie de l'article 75 avait fait son temps dans les mœurs françaises. Le problème pouvait d'ailleurs se ramener à une question de compétence bien comprise et bien appliquée. Le Tribunal des Conflits venait d'être réorganisé par la grande loi de 1872. Le Gouvernement décida de lui soumettre ce problème, et ce fût l'arrêt Pelletier.

II

Le 18 janvier 1873, le premier numéro du journal *Le Devoir* fut saisi dans les bureaux du journal, par le sieur Leudot, commissaire de police, à raison de l'état de siège, en vertu d'un ordre du général de Ladmirault. Le sieur Pelletier, propriétaire-gérant du journal, assigna devant le Tribunal de Senlis, les sieurs de Ladmi-

rault, Leudot et Choppin (préfet de l'Oise), à l'effet d'entendre déclarer illégale, et par suite nulle et de nul effet, la saisie du 18 janvier, et en conséquence, d'entendre ordonner la restitution des exemplaires saisis, et prononcer leur condamnation indivise à 2.000 francs de dommages et intérêts.

Au déclinatoire qui lui fut présenté, le Tribunal de Senlis répondit par un jugement du 7 mai 1873 (1) par lequel il se reconnaissait compétent. L'affaire fut alors portée devant la nouvelle juridiction des conflits.

Il ne rentre pas dans notre sujet d'analyser à fond l'arrêt Pelletier, d'examiner les problèmes qu'il résout,

(1) Les attendus de ce jugement sont particulièrement intéressants, car ils traduisent bien l'interprétation donnée par les tribunaux judiciaires de l'article 75 : « Attendu qu'il est vrai que le Décret du 19 septembre 1870 porte atteinte au principe de la séparation des pouvoirs; que toutefois ce Décret est net, précis et formel; qu'il abroge en termes exprès la garantie constitutionnelle de l'article 75 de la Constitution de l'An VIII, ainsi que toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales, ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tous ordres; qu'il en résulte qu'aujourd'hui, les fonctionnaires et agents du Gouvernement peuvent être directement traduits, à raison des actes de leurs fonctions, devant les tribunaux civils, lesquels ont pouvoir et qualité pour examiner, apprécier et qualifier lesdits actes à l'effet de rechercher si, par suite d'une faute ou d'un abus de pouvoirs, imputable auxdits fonctionnaires ou agents, ces actes sont de nature à donner lieu, au profit de qui de droit, à une action en dommages-intérêts; que décider autrement serait aller à l'encontre du Décret de 1870 et consacrer à nouveau les immunités abolies de l'article 75. »

ni ses multiples conséquences. Seule la distinction dont il est l'origine, retiendra notre attention.

Ce fut dans des conclusions justement célèbres (1) que M. David, commissaire du gouvernement, exposa la théorie qui devait fixer la jurisprudence du Tribunal des Conflits. M. David distingue la *garantie réelle* qui est de l'essence même du principe de séparation des pouvoirs, règle essentielle de compétence, établie en faveur de l'Administration, pour défendre contre l'ingérence des tribunaux les actes qui, revêtus de son caractère et de son autorité, lui appartiennent en propre, — et la *garantie personnelle* aux fonctionnaires publics, établie en leur faveur, non pas pour enlever à l'autorité judiciaire la connaissance de faits criminels, délictueux, ou simplement nuisibles qu'ils avaient pu commettre à l'occasion de leurs fonctions, mais pour les protéger

(1) On s'étonne que le caractère définitif des magistrales conclusions David ne se soit pas imposé de prime abord à l'opinion des juristes contemporains, comme en témoigne le passage ci-après de la note du Lebon sous l'arrêt Pelletier : « L'application du Décret du 19 septembre 1870 souleva une ardente controverse dans laquelle ni l'un ni l'autre des systèmes opposés ne semble près de se reconnaître à bout d'arguments. C'est une particularité assez remarquable qu'une dissidence de cette nature éclate avec autant de vivacité à l'instant même où le législateur vient de rétablir un tribunal spécial destiné à maintenir, entre les deux juridictions, l'équilibre et l'harmonie, et il faut en conclure que l'unité si désirable dans le règlement des compétences ne sera jamais une chose facile à atteindre pratiquement ». — Rapprocher cependant le mot du Premier Avocat Général Blanche : « Voilà, selon moi, la vérité juridique. » (D. 1876. 1. 297).

contre les animosités de l'esprit de parti, en soumettant les poursuites à l'autorisation préalable de l'autorité suprême, simple règle de procédure, celle-ci, qu'abrogea le décret de 1870, mais sans porter atteinte aux principes essentiels de compétence.

« Nous tenons donc, dit M. David, que l'interdiction faite à l'autorité judiciaire de connaître des actes administratifs subsiste dans toute sa force », contrairement à ce que commençaient de déclarer les tribunaux judiciaires.

M. David soutient qu'il y a confusion entre les *actes administratifs* proprement dits, protégés par la garantie réelle qui est de l'essence même du principe de séparation des pouvoirs, et les *faits relatifs aux fonctions*, expression beaucoup plus large, qui comprenait non seulement les actes administratifs proprement dits, c'est-à-dire les actes revêtus du caractère de l'autorité publique, mais encore tous les faits commis à l'occasion de l'exercice des fonctions — seraient-ce même des délits ou des crimes de droit commun. Ce sont ces faits pour lesquels la protection, qualifiée d'abusive, de l'article 75 n'existe plus. Mais, quant aux actes administratifs proprement dits, qui ont tout à la fois leur caractère défini et leur juridiction propre, devant laquelle ils ont toujours pu être déférés sans entraves d'aucune sorte, le droit de l'Administration d'en revendiquer la connaissance pour cette juridiction dans les conditions réglées par la loi, ne paraît avoir aucun rapport avec les abus qui pouvaient résulter de l'application de l'article 75.

Le Tribunal des Conflits, dans sa sentence du 26 juillet 1873, adopta les conclusions de M. David. Après avoir rappelé la série des lois révolutionnaires fondant le principe de séparation des pouvoirs, le Tribunal fit sienne la distinction des garanties réelle et personnelle, la première « règle absolue et d'ordre public, destinée à protéger l'acte administratif et trouvant sa sanction dans le droit conféré à l'autorité administrative d'élever le conflit d'attribution », la deuxième « destinée à protéger les fonctionnaires publics contre des poursuites téméraires, ne constituant pas une règle de compétence, mais créant une fin de non-recevoir à toutes poursuites, dirigées contre ces agents pour les faits relatifs à l'exercice de leurs fonctions ; » — le décret de 1870 n'ayant eu d'autre objet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation, et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action *dans les limites de leur compétence*.

Ainsi donc le principe est bien posé. Chaque juridiction reste compétente, — chacune dans sa sphère. Le décret de 1870 n'a fait sauter qu'une entrave de procédure. Les principes fondamentaux, posés par la Révolution, subsistent dans toute leur ampleur et leur rigueur. L'Administration est toujours à l'abri des ingérences et des empiétements judiciaires. Les actes administratifs proprement dits restent intangiblement dans la compétence des tribunaux administratifs. Quand aux actes des fonctionnaires, la procédure du conflit d'attribution va servir à faire le départ entre les faits qui revien-

nent à chacune des juridictions, et le Tribunal des Conflits fera cette discrimination suivant la distinction nouvelle qu'il établit dans l'arrêt Pelletier entre les actes administratifs proprement dits et les faits personnels, distinction qui devient la clef de voûte du nouvel édifice. S'agira-t-il d'un fait personnel au fonctionnaire, le tribunal judiciaire sera compétent. S'il s'agit, au contraire, d'actes administratifs, le conflit dessaisira les tribunaux ordinaires et la compétence sera attribuée au juge administratif.

Dans l'affaire Pellétier elle-même, la discrimination était assez facile et le Tribunal des Conflits l'effectua clairement. L'interdiction et la saisie du journal constituaient une mesure préventive de haute police administrative nécessitée par l'état de siège ; le général agissait comme représentant de la puissance publique, et dans l'exercice et la limite des pouvoirs exceptionnels que lui conférait la loi de 1849 ; la responsabilité d'un tel acte remontait directement au Gouvernement qui lui avait délégué ses pouvoirs. Or, la demande du sieur Pellétier se fonde uniquement sur cet acte de haute police administrative sans imputer aux défendeurs, en dehors de cet acte, aucun fait personnel de nature à engager leur responsabilité particulière ; en réalité, la poursuite est dirigée contre l'acte lui-même dans la personne des fonctionnaires qui l'ont ordonnée ou y ont coopéré. A tous ces points de vue, la juridiction judiciaire était incompétente, et l'arrêté de conflit fut par suite confirmé.

III

L'arrêt Pelletier consacrait ainsi, avec un sens rare de l'opportunité, une théorie dont la genèse est très ancienne. Ce n'est pas de 1873 que l'on s'est mis à distinguer parmi les fautes qu'un fonctionnaire commet, celles qui se rattachent à l'exercice de ses fonctions et celles qui relèvent de sa vie privée (1). Sans doute la

(1) Sous le régime de l'article 75, en effet, l'autorisation préalable aux poursuites n'était nécessaire que dans le cas de « fait relatif aux fonctions », et la définition de cette notion donna lieu à l'époque à autant de difficultés que, postérieurement, la définition du fait personnel. Le contenu de cette notion varia singulièrement suivant les régimes successifs. L'article 75 étant une arme gouvernementale et discrétionnaire, son application devait être ou moins rigoureuse suivant les tendances autoritaires ou libérales du pouvoir. — Les diverses interprétations qui furent faites de la notion de « fait relatif aux fonctions » sont très judicieusement dégagées dans l'excellente thèse historique de M. Depaule sur la responsabilité des fonctionnaires (Toulouse, 1901). Au point de vue pénal tout d'abord, l'autorisation préalable fut exigée pour tout fait commis par un fonctionnaire pendant qu'il se trouvait dans l'exercice de ses fonctions, alors même que le délit n'eut en lui-même aucun rapport avec les fonctions. On exigea par la suite, et c'était déjà un progrès sur l'interprétation précédente, que le délit commis ait été occasionné par l'exercice des fonctions. Finalement, l'interprétation qui triompha vers le milieu du siècle, (voir notamment Cass., 7 mai 1846, Regnault), fut celle d'après laquelle l'article 75 s'appliquait à l'acte délictueux ou criminel commis soit par abus, soit seulement à l'occasion de la fonction, mais avec l'intention chez l'agent de remplir sa

limite est difficile à établir, et la ligne de démarcation a souvent varié. Un régime autocratique est intéressé à couvrir ses fonctionnaires même dans leurs errements privés. Les exactions d'ordre privé de certains fonctionnaires peuvent, en effet, déconsidérer un régime. Mais sans faire allusion aux « étouffements » qui se produisent en état despotique, il est arrivé que, pendant le XIX^e siècle, le Conseil d'Etat, sur l'ordre du Gouvernement, a refusé parfois l'autorisation de poursuivre certains agents, et cela dans des cas où il s'agissait de couvrir des actes de la gravité d'un détournement, d'un faux, d'un attentat à la pudeur, etc., bref, toutes sortes de délits et de crimes de droit commun. D'autres fois, il a jugé bon de laisser poursuivre, jugeant que la faute du fonctionnaire était trop grave pour être couverte, ou bien il a donné de son refus d'autorisation des raisons qui sont presque d'actualité. M. Planté, dans sa remarquable étude historique sur « les mises en jugement des fonctionnaires » (1), en cite plusieurs exemples. C'est

fonction et de satisfaire aux besoins qu'elle impose; en d'autres termes, l'article 75 couvrirait le but administratif jusque dans les actes délictueux. — Quant à l'application de l'article 75 aux poursuites civiles, elle semblait se dégager du texte même et de l'esprit de la loi; aussi bien est-elle sanctionnée par de très nombreuses décisions de justice; cependant, à partir de 1830, époque où l'impopularité de la garantie s'accroît, certaines juridictions refusèrent à l'article 75 le pouvoir d'entraver les poursuites civiles; mais cette attitude demeura l'exception.

(1) Thèse, Toulouse, 1910.

ainsi que, le 28 octobre 1818 (Barnades), le Conseil d'Etat a refusé de laisser poursuivre un maire qui avait reçu d'individus surpris en flagrant délit, des sommes à titre de transaction : « C'est là, dit l'arrêt, un procédé conforme à un usage, d'ailleurs regrettable. » N'est-ce point là la notion actuelle du fait de service « négligence qui rentre dans les habitudes du service, lorsque ces habitudes sont mauvaises. » (1). — Voir une affaire analogue (2 février 1821 : Botto), qualifiée de simple irrégularité. — C'est aussi le cas de l'arrêt Hertz et Spony (14 décembre 1821) par lequel l'autorisation est refusée de poursuivre un adjoint qui aurait toléré la détention arbitraire et les mauvais traitements à l'égard d'un citoyen ; car l'adjoint n'étant pas intervenu en personne, « si on peut inférer chez lui quelque négligence à réprimer les excès commis, il n'en résulte pas un délit mais une faute qui ne peut être l'objet que d'une mesure administrative, » — nouvelle face du fait de service qui ne couvre le fonctionnaire qu'à l'égard des particuliers et réserve toutes les sanctions disciplinaires. — Fait de service également signalé dans l'arrêt Courthaliac (18 décembre 1819) : un maire avait cependant fait preuve d'une négligence grave, en signant deux certificats dont l'un attestait qu'il avait donné à des conscrits leurs ordres de route, et l'autre, que ces ordres de route ne lui étaient jamais parvenus ; — mais c'est là, dit l'arrêt « un tort malheureusement trop fréquent chez ses collègues.... ». Un arrêt Georges

(1) Hauriou, 9^e éd., p. 528.

du 8 juillet 1840 fait à son tour la distinction entre les fautes graves et les fautes trop légères pour relever des tribunaux. Mais le critérium est encore bien vague et la jurisprudence ne semble pas décider nettement si la faute lourde doit rentrer dans le fait de service ou le fait personnel : elle est fait personnel dans l'arrêt Vaudrion (20 avril 1845) où un maire ayant placardé une affiche injurieuse pour un conseiller, le Conseil d'Etat déclare « que le Gouvernement ne peut couvrir un acte aussi blâmable », — mais elle devient fait de service dans l'arrêt Brion (18 avril 1848) où un maire, ayant envoyé trop tard aux conscrits leur convocation au Conseil de revision, se voit déclaré non coupable, quelles que soient la gravité de sa faute et les conséquences dont elle était susceptible ; l'arrêt est d'ailleurs motivé par des raisons d'ordre pratique : « si les maires et adjoints, souvent peu capables, étaient déclarés responsables d'omissions de cette nature, ils se lasseraient bien vite de leurs fonctions, et la difficulté d'organiser les mairies des communes s'augmenterait encore d'une crainte fâcheuse. »

IV

Dans la confusion juridique de la période 1870-73, l'arrêt Pelletier est l'axe autour duquel viennent se fixer les principes. Avec lui était élaborée enfin une théorie de la discrimination des compétences, et immédiatement l'Administration faisait sienne cette doctrine dans les

litiges qu'elle avait à soutenir contre les particuliers (1). Les jurisconsultes les plus éminents l'adoptaient également (2). Presque toutes les Cours d'appel s'y ralliaient sans tarder(3). Quant à la Cour de cassation qui avait manifesté sa doctrine d'une façon si tranchante dans les arrêts Meyere et Engelhardt, on pouvait craindre, de sa part, quelque résistance à se rallier à la nouvelle doctrine. Et de fait, dans deux affaires concernant les préfets, elle évite de donner l'interprétation du décret de 1870 et fonde ses arrêts soit sur ce fait que le préfet en cause avait agi en qualité d'officier de police judi-

(1) Avis de l'Administration des Postes dans l'affaire Rimbaud (Lebon, 1874, p. 644) : « Le fait est personnel en ce sens, alors qu'il constitue par sa seule nature un crime, un délit ou un quasi-délit à la charge de l'agent, son auteur, en dehors des devoirs particuliers inhérents aux fonctions qu'il exerce. Le fait invoqué n'est, au contraire, qu'un fait de service accompli par l'agent en sa qualité de mandataire et de représentant de l'Etat, dont la responsabilité seule est en jeu, dès l'instant que le fait incriminé n'est reprochable que comme manquement à des devoirs professionnels dont l'observation, ne relevant pas du droit commun, se rattache seulement à des questions de discipline et d'ordre intérieur et à l'appréciation des règlements administratifs établis pour assurer l'exécution du service auquel appartient l'agent poursuivi. En un mot, ou c'est le fonctionnaire ou c'est la fonction qui est en cause. »

(2) Article du Premier Avocat Général Blanche dans le journal *Le Droit*, du 24 janvier 1875.

(3) Rennes, 31 décembre 1878; Perio; — Aix, 10 décembre 1878; ville de Marseille; — Bourges, 10 février 1879; Colas; — Nîmes, 24 février 1879; ville d'Alais; — Rennes, 8 décembre 1879; de Rorthays. — Voir aussi D. 1884. 1. 49.

ciaire (3 août 1874, Valentin) (1), soit sur ce fait qu'il n'était encore investi d'aucune fonction publique à l'époque où il avait accompli l'acte incriminé (8 février 1876, Labadié) (2), — mais elle se rallie complètement dans un arrêt du 25 mars 1884 (Marc) (3) : « attendu que si les tribunaux judiciaires sont compétents pour connaître des actions auxquelles peuvent donner lieu les faits accomplis par un fonctionnaire public dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de sa fonction, alors qu'ils constituent à sa charge une faute personnelle, et qu'ils sont distincts de l'acte administratif proprement dit, il n'en est pas ainsi quand c'est cet acte lui-même qui sert de base à l'action dirigée contre le fonctionnaire; que dans ce cas, c'est à l'autorité administrative seule qu'il appartient d'en effacer la nature et les conséquences. » — Voir également Cass., 26 janvier 1881. Union immobilière d'Amiens (4).

Dès les premiers temps, le Tribunal des Conflits maintenait fermement sa jurisprudence; son œuvre apparaissait comme d'ordre public. L'arrêt du 28 novembre 1874, journal *La Réforme*, rendu à la suite de circonstances analogues à celles de l'arrêt Pelletier (Journal suspendu par le général Lapasset à raison des pouvoirs conférés par les lois sur l'état de siège) reproduisait les mêmes considérants longuement développés et consa-

(1) D. 1876. 1. 277.

(2) D. 1876. 1. 289.

(3) D. 1884. 1. 326.

(4) D. 1881. 1. 49.

crait la nouvelle distinction : « considérant que l'arrêté du général Lapasset, dont les motifs ne renferment, d'ailleurs, aucune énonciation étrangère à la suspension qu'il prononce, constitue un acte de haute police administrative (1) ; qu'en dehors de cet acte, les demandeurs n'ont imputé au général aucun fait particulier de nature à engager sa responsabilité personnelle et qu'en réalité, leur poursuite était dirigée contre cet acte lui-même dans la personne du fonctionnaire qui l'avait ordonné.... ».

Dans l'arrêt Rimbaud du 16 juillet 1874, la distinction fonctionne pleinement et de la manière la plus nette. Sont « exclusivement personnels », les faits reprochés au facteur Rimbaud, qui aurait remis à un autre facteur une lettre, avec mission de la porter à un autre destinataire et à un autre domicile que ceux indiqués par la suscription.

Est de la compétence judiciaire et, par conséquent, fait personnel, le fait pour des ingénieurs, conducteurs et surveillants de travaux publics, d'avoir manqué au devoir de surveillance qui leur était imposé par leurs fonctions (31 juillet 1875, Pradines) — de même, sont qualifiés de faits « tout personnels » les mesures inutiles et vexatoires ordonnées d'office par un agent voyer pour la démolition d'une maison menaçant ruine, quoique l'arrêté prévoyant cette démolition ait été suffisamment exécuté (conf. 29 juillet 1876 : Lecoq) ; cet arrêt reproduit en grande partie les considérants de l'arrêt Pelletier.

(1) Cf. conclusions David, dans l'affaire Chéron, 5 juin 1874.

Mais la théorie du fait personnel allait trouver, pour la première fois, son expression la plus nette dans les conclusions du commissaire du gouvernement Laferrière, sur l'affaire Laumonnier-Carriol (5 mai 1877).

Par deux arrêtés pris en 1874, le préfet du département de Maine-et-Loire ordonnait la fermeture de la fabrique d'allumettes chimiques, appartenant au sieur Laumonnier-Carriol. Cette décision était motivée par la raison suivante : le monopole de l'Etat venait d'être établi sur les allumettes, à charge pour l'Etat, disait expressément la loi, d'indemniser les fabriques atteintes par le nouveau régime. Le Gouvernement, et plus précisément, les Ministres des Finances Magne et Mathieu Bodet, virent dans la fermeture de la fabrique ordonnée en vertu des pouvoirs de police du préfet sur les établissements insalubres, un moyen commode de se dérober à l'obligation légale d'indemniser le particulier lésé. Le sieur Laumonnier-Carriol déféra tout d'abord les arrêtés préfectoraux à la censure du Conseil d'Etat qui, par décision du 26 novembre 1875, les annula pour excès de pouvoir. Désormais fort de son droit, le propriétaire lésé, résolu à poursuivre la réparation du dommage à lui causé, intenta une action contre les deux Ministres et le Préfet, en leur nom personnel. Le litige fut soumis au Tribunal civil d'Angers devant lequel le Préfet éleva le conflit. Le Tribunal des Conflits, par sa fameuse décision du 5 mai 1877, confirma l'arrêté de conflit. Sa sentence résume tout d'abord en une phrase d'une vigoureuse clarté, les longs considérants de l'arrêt Pelletier : « le décret du

19 septembre 1870, qui abroge l'article 75 de la Constitution de l'An VIII, n'a eu d'autre effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation, et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute liberté d'action dans les limites de leur compétence ; mais il n'a pu avoir pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction et de supprimer la prohibition qui leur est faite par d'autres dispositions que celles abrogées par le décret de 1870, de connaître des actes administratifs. » Le Tribunal ne s'y trompe pas, il considère que l'action intentée par Laumonnier-Carriol est, en réalité, portée contre l'Etat dans la personne de ses agents, afin d'obtenir la réparation du préjudice causé par les mesures prises. Les Ministres exerçaient la puissance publique et le Préfet exécutait leurs ordres ; si donc Laumonnier-Carriol s'était adressé aux tribunaux administratifs, sa demande eût été repoussée. C'est là une observation importante à noter ; il y avait à cette époque de si nombreuses poursuites contre les fonctionnaires et les particuliers ne cherchaient à élargir la notion de fait personnel qu'en raison de l'irresponsabilité de l'Etat proclamée à cette époque, tout au moins pour les actes de puissance publique. La poursuite contre le fonctionnaire était le seul moyen d'espérer encore une indemnité, mais le Tribunal des Conflits refuse toutefois de faire tomber l'indemnité à la charge des fonctionnaires : il n'y a pas eu faute personnelle, dit-il : « Les arrêtés sont des actes administratifs, l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat ne leur a pas fait perdre leur caractère

d'actes administratifs. La décision du Conseil d'Etat déclare, au contraire, que ces arrêtés ont été pris en exécution d'instructions émanées du Ministre des Finances et dans l'intérêt du service financier de l'Etat (1) ; d'ailleurs, le sieur Laumonier-Carriol n'allègue aucun fait personnel qui puisse engager la responsabilité des fonctionnaires assignés. » En conséquence, l'arrêt de conflit fut confirmé.

Cette décision Laumonier-Carriol avait été rendue sur les conclusions de Laferrière dans lesquelles, pour la première fois, la distinction fondamentale était longuement exposée : si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle un administrateur, un mandataire de l'Etat, plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif, et ne peut être déféré aux tribunaux ; si au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par des voies de fait, un dol, alors la faute est imputable au fonctionnaire, non à la fonction, l'acte perd son caractère administratif et ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire. De même que le magistrat qui rend une décision illégale ne tombe pas sous le coup de la prise à partie, de même, l'administrateur qui fait un acte irrégulier, n'encourt pas de plein droit une responsabilité personnelle. La responsabilité civile ne s'ajoute à la responsabilité admi-

(1) Voir dans la deuxième partie de cette étude les développements sur l'influence de l'ordre hiérarchique et du but poursuivi.

nistrative que si l'irrégularité commise par le fonctionnaire, constitue en même temps une faute lourde, excédant les risques ordinaires de la fonction; ou si elle révèle une intention mauvaise. *Malitiis non est indulgendum.*

V

On peut donc considérer comme pleinement formée à partir de Laferrière la doctrine du Tribunal des Conflits née de l'arrêt Pelletier. Le système de partage de compétences repose sur la distinction entre les actes administratifs et les faits personnels. Tout ce qui vise la validité ou la légalité des actes administratifs appartient exclusivement à la juridiction administrative. Les faits personnels, au contraire, appartiennent à la juridiction judiciaire, comme avant 1870, avec cette seule différence que l'autorisation n'est plus nécessaire pour les poursuites. Mais tout fait de l'Administration peut se ramener en définitive à l'acte d'un agent, puisque l'Administration, quelque réalité que certaines théories lui accordent, n'agit que par l'intermédiaire de ses fonctionnaires; c'est le fait d'un fonctionnaire qui lèsera les particuliers. Toute la théorie va donc se ramener à une discrimination à faire entre les actes des fonctionnaires, à une distinction entre ceux qui sont « personnels » et ceux qui sont « administratifs ». Or, comme à l'époque de Laferrière, vers 1880, la responsabilité de la puissance publique est à peine reconnue, sauf dans quelques espèces encore bien rares, la distinction entre le fait per-

sonnel et ce qu'on appellera à cette époque le fait de service, aura pour seul but de couvrir les fonctionnaires de certains de leur acte, de mettre la responsabilité à l'abri pour certains risques importants inhérents à leur fonction même : par conséquent, les particuliers ont une tendance à faire réduire le plus possible par la jurisprudence cette notion négative de fait de service qui équivaut pour eux, en fait, à une non-indemnisation du préjudice qui leur a été causé.

Ceci explique que l'on ait toujours considéré la notion de fait de service comme une notion négative se définissant par opposition au fait personnel. La question qui se pose pour Laferrière et les auteurs de son époque est celle de savoir quand il y a fait personnel.

Il y aura fait personnel, et, par conséquent, compétence judiciaire et appréciation de la responsabilité suivant les principes du droit civil, d'abord, de toute évidence, semble-t-il, quand le fonctionnaire s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit de droit commun. l'Administration ne saurait commettre des actes de cette sorte ni en répondre. Sur ce point, il semble qu'il n'y ait aucun doute, un tel acte ne peut avoir le caractère d'un acte administratif et l'autorité judiciaire en pourra connaître immédiatement, même dans le cas où l'agent prétendrait que le fait qu'on lui impute est un acte de sa fonction (1).

Si le fait n'est constitutif que d'une faute non déli-

(1) *Blanche*, article précité au journal *Le Droit*, 21 février 1875.

tuelle, il semble qu'il faille alors distinguer deux hypothèses :

Si tout d'abord la faute révèle une intention mauvaise, une intention personnelle de l'homme qui abuse de ses pouvoirs de fonctionnaire ou les détourne de leur but, pas de doute non plus dans ce cas. Si l'homme s'est révélé avec ses passions, ses faiblesses, ses imprudences (personnelles), il doit porter la responsabilité de l'acte qu'il a accompli. Dans ce cas, on ne recherchera même point le degré de gravité de la faute, ce serait un élément superflu : l'homme privé s'est trahi dans un acte de forme administrative, et c'est devant les tribunaux ordinaires que, sans hésitation, il doit être poursuivi.

Mais nous atteignons ici la ligne même de démarcation avec le problème de la faute lourde ou légère. La question est de savoir si, lorsque dans l'exercice de ses fonctions, l'agent a commis une faute lourde, mais sans intention mauvaise, il ne doit être tenu pour responsable. Nous n'insisterons pas sur ce point que nous nous réservons de reprendre abondamment par la suite. Nous indiquerons seulement que les différentes époques ont donné à ce problème des solutions diverses et que l'accord ne s'est jamais bien établi entre les auteurs ni même au sein des juridictions qui ont paru tout au moins rendre parfois des sentences incompatibles. La théorie traditionnelle, celle de Laferrière, reproduite par M. Hauriou, paraît conclure que lorsque l'agent a commis, à l'occasion de ses fonctions, une faute qu'un homme moyennement intelligent et diligent n'aurait pas

commise, il en doit être tenu pour responsable, — et ainsi, si le fait n'est pas administratif, s'il constitue à la charge de l'agent, une faute personnelle, s'il est un crime ou un délit ou peut être une faute lourde ou en tout cas, une faute, même légère, commise avec intention de nuire, il y a alors compétence judiciaire, sauf l'appréciation préjudicielle de la légalité par l'autorité administrative et l'interprétation des actes administratifs proprement dits.

Mais quand la faute imputée au fonctionnaire est seulement légère, qu'elle rentre dans les habitudes et le fonctionnement normal du service, compte tenu des négligences et des accrocs que l'on doit normalement prévoir, il y a alors fait de service, c'est-à-dire que le fonctionnaire se verra couvert de son action. L'appréciation de son fait échappera aux tribunaux judiciaires pour être donnée aux tribunaux administratifs qui l'examineront à la lumière de principes spéciaux, et eu égard aux nécessités du service. Si l'Administration déclare que le fait est administratif, qu'il rentre dans les droits et obligations de l'agent, il n'appartiendra alors qu'à sa juridiction propre de prononcer sur les conséquences de ce fait, et cela pour plusieurs raisons, d'abord parce que l'autorité judiciaire ne peut pénétrer dans le domaine administratif, ensuite parce que le fait dommageable étant un fait administratif, c'est l'État qui devient, le cas échéant, responsable.

Mais (nous exposons toujours la conception traditionnelle), il ne saurait y avoir cumul des deux responsabi-

tés. Une faute ayant été commise, ou bien l'agent n'a pas agi dans le sens de sa fonction, dans l'esprit de la loi de sa fonction, et il prend cette faute à sa charge personnelle, ou bien il s'est tenu strictement dans cet esprit et l'Administration le couvre ; elle fait même plus que le couvrir ; c'est elle-même qui a commis la faute dont il s'agit : la personnalité de l'agent n'entre pas une seule minute en ligne de compte. — Deux solutions sont donc possibles : ou poursuite du fonctionnaire devant les tribunaux judiciaires pour fait personnel, ou bien, dans les cas où cela est déjà possible, poursuite de l'Etat devant la juridiction administrative pour fait de service.

Le partage des compétences sera obtenu par la voie du conflit d'attribution.

« La doctrine ainsi établie échappe, dit M. Aucoc (1), au reproche qui lui a été fait, de reconstituer, sous une autre forme, la garantie accordée aux agents de l'Administration par l'art. 75. En effet, même dans le cas où l'autorité judiciaire surseoit à statuer, il y a une grande différence entre l'appréciation par la voie contentieuse de la légalité ou du sens d'un acte administratif et une autorisation qui pouvait être accordée ou refusée en vertu d'un pouvoir discrétionnaire (2).

(1) *Conférences sur le droit administratif*, tome I, p. 767.

(2) Certains juristes ont par contre soutenu — et cette thèse a été récemment reprise (Cot, *Responsabilité civile des fonctionnaires*, thèse, Paris, 1922) — que la solution jurisprudentielle de l'arrêt Pelletier avait eu pour effet de réduire à néant le décret de 1870 et de restaurer un système de garantie, de privilège, plus rigoureux même que celui de

CHAPITRE III

Doctrines

Ainsi se trouvait échafaudée après Laferrière une construction juridique, réglant à la fois la responsabilité et la compétence et basée sur la distinction entre le fait personnel et le fait de service. Mais cette distinction, telle que nous l'avons exposée, était-elle satisfaisante ? Sans parler seulement de la définition donnée par Laferrière lui-même, que certains qualifient de pure tautologie (1) et qui nous semble beaucoup plus une description suggestive qu'une définition précise, l'idée même de la distinction, base de tout le système, allait passer par des fortunes diverses et subir maintes interprétations.

Certains auteurs n'accueillirent pas sans défaveur une notion qu'ils jugeaient impossible de réduire à une formule concrète et précise. Laferrière lui-même avouait

l'article 75. Cette opinion ne nous paraît pas conforme à la vérité ; M. le professeur Berthélemy en a présenté dans son *Traité* (p. 69) une réfutation qui ne laisse plus de doute sur la question.

(1) Dareste. *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*. p. 544.

que, si l'esprit la concevait bien et si elle avait pour elle la réalité, elle ne saurait cependant être traduite par une formule mathématique (1) M. Berthélémy la jugé confuse et d'un critérium peu précis (2).

Il fallait donc creuser la notion donnée et essayer de dégager ce qui se cachait sous ces expressions de fait personnel et fait de service. Trois noms sont surtout représentatifs à cet égard : celui de Laferrière attaché à la théorie que nous pourrions appeler théorie des passions personnelles, celui de M. Hauriou à celle dite du fait détachable, celui de M. Duguit à celle dite du but.

I

Nous n'insisterons pas sur la théorie de Laferrière dont nous avons déjà parlé au chapitre précédent. Son critérium, formulé dans ses conclusions sous l'arrêt Laumonnier-Carriol, (3) est celui des passions personnelles. La faute personnelle est celle qui révèle l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences. Pour que le fonctionnaire soit tenu pour responsable, il faut qu'à propos de la gestion de son service il ait décélé sa personnalité par des faits d'intention. L'acte perd alors son caractère administratif et ne fait plus obstacle

(1) Laferrière, *op. cit.* I. 649.

(2) Berthélémy, *op. cit.* p. 65.

(3) Confl. 5 mai 1877. Lebon, 1877, p. 437.

à la compétence judiciaire, selon l'expression de M. le conseiller d'Etat Teissier, qui dans ses célèbres conclusions sous l'arrêt Feutry (1), a repris la théorie de Laferrière et a tracé à cette occasion une magistrale esquisse des idées classiques du Conseil d'Etat, « pour employer l'expression si caractéristique de nos vieux auteurs, la faute personnelle est celle qui implique la *mauvaiseté* de l'agent ».

Cette théorie se présente simplement. Le fonctionnaire sera en somme responsable pour faute personnelle lorsque l'acte qu'il aura accompli révélera de sa part une intention mauvaise, malveillante, dolosive. C'est là le fond de la théorie : il faut une passion personnelle à la base. L'agent qui agira par méchanceté, rancune, hostilité politique ou confessionnelle, etc, doit être châtié. Mais sera-ce là le seul cas où l'acte administratif perdra sa nature ?

Ce serait mal interpréter les idées de Laferrière que de restreindre son critérium aux passions personnelles proprement dites, et notamment à l'intention mauvaise. Le grand jurisconsulte fait également allusion aux faiblesses, aux imprudences qui sont, elles aussi, propres à décèler la personnalité fautive d'un agent. Aussi bien, le fonctionnaire parfait est-il celui dont la personne disparaît dans l'abstraction, l'anonymat administratifs. Dès que, l'on se trouve semble dire Laferrière, devant une faute assez grave pour faire songer à l'imprudence,

(1) Confl. 29 février 1908. Lebon 1908, p. 208.

à l'incurie, à la malveillance particulières, presque exceptionnelles, d'un fonctionnaire, lorsqu'en un mot, la faute, selon l'expression courante, est « signée », nous sortons du domaine administratif pour entrer dans la sphère de la responsabilité de droit commun.

Et ainsi le critérium, primitivement si simple, se modifie pour venir se heurter à la question de la faute lourde; ainsi M. Teissier, après avoir posé le principe que la faute personnelle résulte de la mauvaiseté de l'agent, ajoute que le fait de service est celui qui n'a aucun caractère délictueux, ni dolosif, ni gravement fautif. Cette question de la faute lourde est, en effet, nous le verrons, la pierre d'achoppement des théories successives. Il est très délicat de la faire rentrer dans la catégorie des fautes personnelles, et cependant, il semble que les théories qui l'en écartent, celle de M. Duguit comme nous l'allons voir bientôt, pèchent par excès contraire de simplicité.

Les partisans de la théorie de passions personnelles se trouvent donc pris dans ce dilemme : ou s'en tenir strictement au critérium de l'intention de nuire, et dans ce cas ce critérium risque de laisser passer bien des fautes dont les fonctionnaires doivent en équité porter la charge ; — ou bien faire rentrer, comme le fait Laferrière, la faute lourde dans leur théorie, et alors que devient leur critérium ? Car s'il est vraiment des cas où une maladresse insigne, une ignorance exagérée révéleront l'inaptitude inadmissible d'un agent à ses fonctions, dans la plupart des hypothèses, il sera bien difficile de

décider si une faute déterminée est d'une nature telle qu'elle doit être *de plano* attribuée à l'agent ou à l'Etat.

Il est vrai que la théorie se tire de ce mauvais pas en qualifiant de faute personnelle, la « faute lourde assimilable au dol » ; mais c'est là une expression que nous avouons n'avoir jamais comprise.

II

La théorie de M. Hauriou est une théorie descriptive : « Le fait personnel, dit-il, est celui dans lequel on découvre une intention mauvaise de l'agent, par laquelle il est sorti des intentions de la fonction. Pratiquement, le fait personnel du fonctionnaire ne commence qu'à la faute qui confine au dol. On demande au fonctionnaire de ne pas sortir, par une faute excessive, des traditions de la fonction, et, comme le dit Laferrière, de ne pas, dans le fonctionnaire, faire apparaître l'homme avec ses passions et ses défaillances. Ce qu'il faut bien comprendre, c'est que le fait personnel, par cela même qu'il est en dehors des traditions de l'Administration, même des mauvaises, doit consister en quelque circonstance ayant accompagné l'acte administratif, mais *détachable* de cet acte, suivant l'expression consacrée par le Tribunal des Conflits (1). »

Il ressort de ce passage que la notion de fait personnel n'apparaît pas à M. Hauriou comme quelque chose de simple et d'un. L'esprit judiciaire de

(1) Hauriou. Droit Administratif, 9^e édi. p. 17.

l'éminent doyen sentant la complexité de la question l'envisage sous ses aspects les plus divers, et faisant le tour de son sujet, cherche à en donner une notion exacte et surtout complète. On peut ainsi relever plusieurs éléments auxquels il fait appel pour constituer sa doctrine : tout d'abord l'intention mauvaise, puis la faute qui confine au dol, c'est-à-dire la faute lourde, puis la faute par laquelle on sort du cadre d'activité moyenne sinon médiocre du service, enfin les passions et les défaillances. Chacun de ces éléments, semble dire M. Hauriou, est impuissant à définir à lui seul le fait personnel. Le fait personnel est tout cela, et sans doute bien autre chose encore...

Cependant, il paraît à M. Hauriou que cette notion de fait personnel qui se dégage de l'énumération qu'il vient de faire peut très bien se définir et se recueillir en une conception précise, si l'on fait appel au mot « *détachable* » dont, en effet, le Tribunal des Conflits s'est servi à plusieurs reprises dans ses décisions. Ainsi suivant les espèces, le motif pour lequel le fait est personnel pourra varier, mais tous les motifs auront pour caractère commun de constituer des circonstances distinctes, séparables, détachables, de l'acte administratif. — Cette expression de fait détachable est certes très suggestive, très évocatrice, mais est-ce là une qualité suffisante ?

Cette expression manque, à notre avis, de précision. La circonstance que l'on entend caractériser ainsi ne sera pas toujours aisément détachable. S'il est facile de séparer de l'activité administrative les violences, par

exemple, auxquelles se livre un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, par quelle subtilité d'esprit arrivera-t-on à détacher d'un acte juridique, d'une décision exécutoire, l'intention de nuire parfois non apparente qui a dicté cet acte. La faute est alors, selon l'expression de M. Duguit, incluse dans l'acte; rien ne la décele extérieurement, une seule opération intellectuelle parfois délicate peut l'atteindre.

Et puis que sera le contenu de cette expression « détachable » ? Dans la vague définition qu'elle constitue, quels éléments va-t-on faire entrer ? Si elle exprime en elle-même une idée vraie et donne dans un certain sens l'esprit de la faute personnelle, ne va-t-on pas être parfois entraîné à insister plus ou moins sur tel ou tel élément jusqu'à dénaturer l'expression, à la faire dévier de son sens.

Si nous pensons, en effet, à la faute lourde non intentionnelle; à l'erreur grossière d'un fonctionnaire dans la gestion de son service, verra-t-on là une faute détachable ou non ? Est-il même possible de répondre à une pareille question ? Si l'on peut concevoir qu'une faute soit assez lourde et grave pour faire perdre à l'acte d'un agent son caractère administratif, est-il possible par contre de dire qu'une telle faute est détachable de l'acte ou que seule elle le sera ? L'expression « détachable » offre en ce qui concerne ces fautes, dont la gravité varie avec chaque espèce, un critérium insuffisant. En s'attachant au sens propre de l'expression « détachable » pour les caractériser, on est amené soit à n'en faire entrer aucune

de ce genre dans la catégorie des fautes personnelles, soit plutôt à les y faire entrer trop nombreuses, au point de détourner l'expression de son sens primitif et de lui faire couvrir une théorie pure et simple de la faute personnelle — faute lourde.

C'est, d'ailleurs, dans ce sens qu'avaient évolué les idées de M. Hauriou, et ses notes au *Sirey* sont les témoins de la transformation de sa doctrine. Sa note au S. 1895. 3. 65, où il déclarait : « La théorie aboutit à une distinction entre la faute légère, dite administrative, qui ne dénature pas l'acte, et la faute lourde qui le dénature. Tout cela est aujourd'hui inébranlablement assis. L'intérêt de chaque affaire est désormais dans l'appréciation des fautes. Y a-t-il faute légère ou faute lourde ? » semblait l'aboutissement logique de cette tendance. Mais survint l'arrêt Zimmermann qui ruina toutes ces aventureuses certitudes comme en témoigne, rapprochée de la précédente, la note au S. 1905. 3.. 17 : « Il faut conclure que le fait de service n'est pas toujours une faute légère, car l'ensemble des mesures abusives reprochables au préfet dans cette affaire, constitue une faute grave qui confine au dol. Il semble que le fait de service devienne difficile à distinguer du fait personnel. » On peut juger, par ce rapprochement, du chemin parcouru par la pensée de M. Hauriou (1).

(1) Dans un article remarquable de la Revue de Droit Public (1909, p. 267), M. le professeur Jèze qui, comme le doyen Hauriou, reprend dans une certaine mesure la théorie de Laferrière, présente par contre une étude de la faute lourde qui, en délimitant soigneusement la valeur

Cependant si à distance, M. Hauriou paraît s'être témérairement aventuré sur le terrain de la faute lourde, sans doute à certains moments la jurisprudence du Conseil d'Etat sembla-t-elle l'entraîner dans cette voie, et s'il fut contraint d'aboutir à un revirement profond de ses idées, il faut en trouver la véritable raison dans la tendance croissante du Tribunal des Conflits à restreindre la sphère du fait personnel.

Au fond, la théorie de M. Hauriou rejoint directement la théorie de Laferrière ; ce n'est pour ainsi dire qu'une simple question d'expression qui les sépare. Laferrière parlait de passions personnelles, mais, ainsi que M. Teissier, il adjoignait à ce critérium celui de la faute lourde ; M. Hauriou, par son expression de circonstance détachable, vise au fond les mêmes éléments que Laferrière, avec cette nuance qu'il parle en outre des traditions du service, des habitudes de négligence normale de l'Administration : « Le fait personnel, dit-il, est celui (par opposition au fait de service) qui n'est conforme ni aux instructions des chefs ni aux errements du service ».

accordée à cette faute, nous paraît approcher de plus près l'exactitude juridique. — Il y a faute personnelle, dit M. Jèze, quand il y a faute lourde, mais seuls certains éléments caractérisés constituent la faute lourde : soit que le fonctionnaire se soit grossièrement trompé dans l'appréciation des faits, ou qu'il se soit grossièrement trompé sur l'étendue de ses pouvoirs légaux jusqu'à commettre un véritable abus de pouvoirs, ou enfin qu'il ait violé la loi pénale. Ces conclusions, appuyées sur plusieurs arrêts, se rapprochent assez des conclusions que nous tirerons tout à l'heure de notre étude de la jurisprudence.

Deux éléments demeurent donc en relief dans la doctrine de l'éminent doyen : ce sont d'abord cette expression de *circonstance détachable* que la juridiction administrative a souvent adoptée et que, malgré son imprécision dangereuse, il faut retenir, et puis l'idée de tradition dans la gestion des services publics, que nul avant M. Hauriou, n'avait mise en lumière et qui, si elle ne suffit pas pour caractériser l'activité du fonctionnaire, se retrouve toujours au moins comme élément subsidiaire d'appréciation.

III

Quant à la théorie de M. Duguit, elle est une sorte de reflet de l'ensemble de ses idées sur le droit public.

M. Duguit (1) est d'avis que l'Etat n'est pas une personne, mais une pure abstraction, seulement perceptible par les organes chargés de la faire fonctionner, et surtout grâce au patrimoine affecté à son but. Car chaque personne morale est destinée à un but déterminé : tandis que les individualités humaines ont une âme à la fois relative et illimitée, et peuvent envisager la vie et l'ordre des choses de mille façons différentes, l'Etat, type des personnes morales, est une pure créa-

(1) Voir les différentes éditions de Droit Constitutionnel de M. Duguit ; sur la question du fait personnel, voir « l'Etat, les Gouvernants, les agents », p. 637. — Se reporter d'une façon générale à son ouvrage sur « Les Transformations du droit public », Paris 1921, qui est un condensé de sa doctrine.

tion de l'esprit humain, un organisme artificiel adapté par les hommes à un but qu'ils ne sauraient eux-mêmes individuellement poursuivre. A ce but est affecté un patrimoine régi par le principe de la spécialité, et qui, mais d'apparence, ajoute à la ressemblance de l'Etat avec la personne humaine. Mais l'Etat étant une personne morale à but déterminé, ce but est si grand, si vaste qu'on a été amené à le morceler en buts de moindre envergure que poursuivent des services spéciaux, et ainsi chaque service de l'Etat est à son tour un organisme artificiel à but spécial.

M. Duguit envisage donc toute la vie publique sous l'angle du but à atteindre, et notamment la question de la responsabilité. Ainsi, l'Etat, pure abstraction, ne peut commettre de fautes, il sera néanmoins responsable « lorsqu'un acte accompli en vue du but que poursuit l'Etat et auquel sont affectés les biens composant ce que l'on appelle le patrimoine de l'Etat produit pour une cause quelconque une diminution de la valeur d'un patrimoine affecté à un but individuel » ; il faut alors « que cette diminution soit réparée sur le patrimoine de l'Etat. »

La question de la responsabilité du fonctionnaire vient alors se greffer sur cette question de la responsabilité de l'Etat à laquelle elle est intimement liée, car, pour atteindre le but qui est assimilé à chaque service de l'Etat, on a institué à l'intérieur de chaque service tout un faisceau de fonctions dont l'ensemble et le fonctionnement normal doivent assurer précisément l'ac-

complissement du but poursuivi ; « d'où si le fonctionnaire a agi dans l'esprit de sa fonction, c'est-à-dire en poursuivant effectivement le but qu'avait l'Etat en établissant cette fonction, il ne peut être responsable ni vis-à-vis de l'Etat, ni vis-à-vis des particuliers, alors même qu'il ait commis une faute » ; car si l'acte du fonctionnaire a été accompli « dans un but étatique », c'est le patrimoine de l'Etat qui doit supporter tous les risques qui résultent de l'accomplissement de cet acte ; — « mais si au contraire, le fonctionnaire, en faisant tel ou tel acte qui, extérieurement, paraît rentrer dans l'esprit de son service, a poursuivi un but autre que la gestion de ce service, sa responsabilité est certainement engagée vis-à-vis des particuliers... alors même que sa faute soit relativement légère.

La théorie de M. Duguit est donc extrêmement séduisante, et paraît d'une application facile. Seul, le point de vue du but est en question, et c'est là un point de vue facilement discernable. M. Duguit tranche dans le vif la complexité du problème : tout ce qui en faisait précédemment une question d'espèces, tous ces éléments dont l'énumération composait le critérium peu précis de M. Hauriou, tradition du service, degré de gravité de la faute, etc., sont par lui immédiatement écartés. « Le fonctionnaire a-t-il poursuivi le but de sa fonction, quelque grossière que soit sa faute, il n'est pas responsable, vis-à-vis des particuliers ; est-il sorti du but de sa fonction, quelque légère que soit sa faute, il est directement responsable

vis-à-vis des particuliers. » — « Le degré de la faute pourra influer sur l'étendue de la responsabilité, mais non sur le principe même de cette responsabilité. »

M. Duguit fait d'ailleurs une distinction importante entre les actes juridiques accomplis par les agents, et les simples opérations matérielles. S'il s'agit d'un acte juridique proprement dit, constitué par une déclaration de volonté du fonctionnaire, il ne peut pas être question du degré de gravité de la faute, mais seulement de l'appréciation objective du but poursuivi : c'est d'après cette appréciation, qu'on résoudra les deux questions de savoir si l'acte a conservé son caractère administratif et si la faute entraîne responsabilité du fonctionnaire. S'il s'agit, au contraire, d'opérations matérielles, la question de la validité ne se pose point ; « on n'a pas à rechercher si la faute du fonctionnaire peut se rattacher à la nullité de l'acte, puisque pour ces opérations matérielles, sans caractère juridique, on ne peut parler de validité ou de nullité. » — Cependant c'est la même idée de but qui va servir à **baser l'appréciation** : « ce n'est point le degré de gravité de la faute qui doit intervenir, c'est le but même de la faute, ou plus exactement le but que recherchait le fonctionnaire en agissant. Si le fonctionnaire a agi dans le but d'accomplir son service, de gérer les intérêts publics qui lui sont confiés, sa responsabilité ne sera pas encourue vis-à-vis des particuliers, alors même qu'il aurait commis une faute grave, » sinon sa responsabilité rentre en jeu.

Cette théorie renferme à coup sûr une certaine part

de vérité ; la meilleure des preuves est qu'on en retrouve dans la jurisprudence des traces incontestables ; le fameux arrêt Zimmermann, par exemple. Dans cette affaire, dont nous reparlerons longuement par la suite, un préfet qui, dans un but purement administratif, avait poursuivi de toutes les iniquités et exactions possibles certains particuliers et s'était servi de ses pouvoirs pour des vexations continuelles et d'une gravité exceptionnelle allant jusqu'à la dépossession, ne fut pas considéré comme ayant commis une faute personnelle du fait qu'il avait agi dans un but administratif, celui de couvrir d'autres agents de l'Etat.

Mais une telle théorie nous inquiète cependant. Outre qu'elle se rattache étroitement, en tant que simple corollaire, à un ensemble d'idées dont on ne peut contester la grande valeur juridique, mais dont l'esprit philosophique les fait généralement repousser, elle a en même temps les inconvénients de ses avantages de simplicité. Quel que soit notre désir de voir, en effet, la question réduite à des formules claires et simples, peut-être le seul point de vue du but est-il un peu bien étroit pour résoudre toutes les questions que nous avons montrées attachées à notre distinction. Il est évident qu'il y a dans la jurisprudence une évolution très nette tendant à tenir de moins en moins compte de la gravité de la faute dans l'appréciation du principe même de la responsabilité du fonctionnaire, et aussi une évolution parallèle, tendant à restreindre de plus en plus les cas où la responsabilité personnelle du fonctionnaire est mise en jeu, par suite

à charger d'autant plus fréquemment l'Etat. Mais toutefois, prise en elle-même, et dégagée des principes discutables dont elle n'est que le corollaire, la théorie de M. Duguit nous apparaît comme l'exagération de tendances simplistes. N'aboutit-elle pas à dégager, dans plupart des cas, le fonctionnaire de toute responsabilité pour ne le charger que dans les cas d'intention mauvaise de malice ? N'est-ce pas lui assurer l'impunité dans tous les autres cas, et par suite encourager dans les différentes Administrations cet esprit de paresse et d'inconsciente indifférence dont nous ne supportons déjà que trop les ravages ? N'est-ce point enfin blesser profondément dans ses tendances démocratiques l'esprit du peuple et l'opinion publique ? Il y a eu l'arrêt Zimmermann, c'est entendu : mais croit-on que l'opinion publique ne serait pas vite émue si de pareilles décisions se renouvelaient, si l'Etat par une substitution de responsabilité en arrivait à couvrir des fonctionnaires coupables, même dans un but administratif, des plus graves exactions. La théorie du but nous semble, certes, merveilleusement logique et claire et simple, mais peu adaptée à la réalité des choses. Tant que le point de vue de la répression disciplinaire ne sera pas plus développé en France qu'il ne l'est aujourd'hui, il sera nécessaire de donner aux particuliers le droit de poursuivre les fonctionnaires dans une large mesure (1).

(1) La théorie de M. Duguit a été reprise récemment dans la thèse de M. Cot.



Il est très remarquable, en résumé, que tous les auteurs, quels que soient les termes dans lesquels ils exposent leur théorie et la façon plus ou moins tranchée dont ils conçoivent leur critérium, ont tous en vue, au fond, les mêmes idées. Que ce soit la théorie des passions personnelles ou celle, si différente d'aspect, du but, ce sont les mêmes fautes que l'on entend stigmatiser. Les auteurs se séparent uniquement sur la grave question de la faute lourde. La rangeront-ils parmi les fautes personnelles, comme révélant chez l'agent une négligence ou une ignorance, telles que sa personnalité même en est mise en jeu, ou, telles qu'elles dérogent complètement aux habitudes traditionnelles, au fonctionnement normal du service, ou au contraire, déclareront-ils que le fonctionnaire n'en doit pas être tenu pour responsable, car il l'a commise sans animosité, sans arrière-pensée d'intérêt ou de but privé ; toute la différence profonde des doctrines est dans cette alternative.

Nous allons voir, dans notre deuxième partie, en examinant les faits, la réalité de la jurisprudence, ce qu'il faut penser de la faute lourde et l'importance qu'il convient de lui accorder. D'ores et déjà, il semble que le caractère insuffisant ou incomplet des différents critères proposés par les auteurs provient d'un esprit trop systématique ; dans une matière où tout est sujet d'espèce, c'est de la seule étude de la jurisprudence que peuvent se dégager, s'il y a lieu, les principes directeurs.

DEUXIÈME PARTIE

La Faute Personnelle

Nous avons essayé, dans cette seconde partie, de décrire, tels qu'ils ressortent de l'étude des arrêts, tantôt les principes fermes d'après lesquels se guide la juridiction administrative, tantôt, en leur absence, ce qui nous a paru être les tendances profondes de sa jurisprudence. Ainsi que nous le faisions prévoir, la matière est trop complexe pour que la définition du fait personnel puisse se ramener à une grande formule d'ensemble. Suivant les diverses catégories d'espèces, la solution est tantôt simple, tantôt très délicate, parfois découlant d'un critérium clair et d'application facile, parfois, au contraire, soumise à des distinctions subtiles, suivant les circonstances. Aussi, avons-nous préféré morceler notre sujet, afin d'arriver pour chacune des catégories envisagées à des solutions aussi simples et aussi vraies que possible.

Le premier chapitre de cette seconde partie sera consacré à l'étude de la responsabilité des fonctionnaires pour les fautes pré vues par la loi pénale : le second, à celle de leur responsabilité pour les fautes non pré vues par la loi pénale : dans le troisième, enfin, nous examinerons l'influence qu'il convient d'accorder sur cette responsabilité à l'ordre hiérarchique.

CHAPITRE I

Responsabilité des fonctionnaires pour fautes prévues par la loi pénale

En ce qui concerne les crimes et délits (1) qui peuvent être commis par les fonctionnaires, nous croyons pouvoir dégager de la loi et de la jurisprudence les principes suivants :

I. — Le fonctionnaire est personnellement responsable, suivant les principes du droit commun, et avec compétence judiciaire, quand il se rend coupable de crimes ou de délits ou de contraventions en dehors de l'exercice de ses fonctions. Ici le principe ne peut faire de doute. Il est évident que si un fonctionnaire, en dehors de ses heures de travail ou des actes administratifs qui rentrent dans ses attributions, commet un assassinat ou un vol, il peut être immédiatement poursuivi devant les tribunaux répressifs, exactement comme un simple particulier.

(1) Nous emploierons le plus souvent dans ce chapitre les termes génériques de « délit » ou de « fait délictueux », mais nous visons toute infraction à la loi pénale, qu'il s'agisse de crime, de délit ou de contravention.

— Conf. 20 déc. 84, Maillé : mandat de 1,000 francs, touché frauduleusement par un agent.

— Cons. d'Et., 8 août 82, de Rothschild : détournement de matières d'argent commis par l'ancien Directeur de la Monnaie de Bordeaux.

II. — En ce qui concerne les crimes et délits commis dans l'exercice des fonctions, il nous faut ici distinguer entre certains délits spéciaux aux fonctionnaires et prévus par certains articles du Code pénal, et les délits de droit commun commis par les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions.

1). En ce qui concerne les délits spéciaux aux fonctionnaires, prévus par des articles du Code pénal (114 à 122 : attentats à la liberté ; — 123 à 126 : coalitions de fonctionnaires ; — 127 à 131 : empiètements des autorités administratives et judiciaires ; — 145 et 146 : faux en écritures publiques ; — 155 et 158 : faux dans les passe-ports ; — 166 à 198 : forfaiture et différents crimes : soustraction, concussion, corruption, abus d'autorité contre les particuliers, exercice de l'autorité publique illégalement anticipé ou prolongé, circonstances aggravantes dans certains cas ; 333 : attentat aux mœurs) pour tous ces crimes ou délits, il est bien évident que le fonctionnaire est personnellement responsable, lorsqu'il se trouve placé dans les conditions prévues par la loi ; il est poursuivi devant les tribunaux répressifs, et passible des peines établies par les articles susdits.

2). Si le fonctionnaire s'est rendu coupable dans l'exercice de ses fonctions de crimes ou délits de droit

commun, prévus au Code pénal, mais autres que les crimes et délits spéciaux aux fonctionnaires, il faut ici encore poser comme principe que le fonctionnaire est responsable personnellement devant les tribunaux judiciaires. C'est d'ailleurs là l'opinion générale (1) : dans l'exécution du service dont il est chargé, un fonctionnaire peut commettre des fautes ; suivant que ces fautes seront plus ou moins graves, selon les uns, ou, d'après les autres, selon qu'elles auront été accomplies dans un but administratif ou dans un but privé, nous nous trouverons en présence de fautes administratives ou de fautes personnelles, avec toutes les conséquences que nous avons vu découler de cette distinction ; mais si la faute commise consiste en un fait criminel ou délictueux, il y aura toujours faute personnelle, la perpétration d'un fait de ce genre ne pouvant jamais rentrer dans l'exercice des fonctions publiques (2).

La chose a été jugée plusieurs fois, notamment en matière de lacérations d'affiches, délit spécial prévu par l'article 17 de la loi du 29 juillet 1881. L'arrêt le plus important en la matière est l'arrêt du Tribunal des Conflits du 15 février 1890, Vincent, dont les considérants sont conçus en ces termes : « Considérant que l'article 17 de la loi du 29 juillet 1881 ne se borne pas à

(1) Blanche, journal *Le Droit*, *loc. cit.* — Aucoc, *op. cit.*, n° 426. — Chante-Grellet et Pichat, n° 272. — Dareste, *Les voies de recours contre les actes de la puissance publique*, p. 549. — Bernard, Thèse, Bordeaux, 1909, *Responsabilité personnelle des fonctionnaires envers les tiers*.

(2) Lyon, 22 janvier 1904, D. 1904. 2. 321.

réprimer la lacération d'affiches électorales commises par des particuliers, mais prévoit spécialement le cas où des fonctionnaires se seraient rendus coupables d'un même fait et les punit d'une peine plus grave ; — considérant que l'acte ainsi interdit aux fonctionnaires par une disposition formelle de la loi pénale, ne saurait, alors même qu'il aurait été accompli sous les ordres du Ministre de l'Intérieur, revêtir le caractère ni d'un acte administratif, ni d'un acte de gouvernement (1). » — La Cour de Cassation avait jugé de même dans deux arrêts du 10 décembre 1879 et du 13 juillet 1890 (2). Voir également en ce sens : Bourges, 16 mars 1881 et l'arrêt connu de Caen du 15 février 1904, Dréano contre Piou (3).

Nous serons tout à l'heure amenés, en ce qui concerne les fautes non délictuelles, à distinguer, pour plusieurs raisons, celles contenues dans un acte administratif juridique, et celles commises à l'occasion des actes matériels de la fonction. En matière de délits, cette distinction n'aurait que faire : que la faute soit contenue dans un acte juridique ou dans un acte matériel, la responsabilité personnelle du fonctionnaire est toujours en jeu.

C'est là un principe dont la jurisprudence nous donne d'ailleurs de nombreux exemples :

(1). Il ressort de cet arrêt que l'ordre hiérarchique lui-même ne peut, contrairement à ce qu'ont déclaré certains arrêts, dégager le fonctionnaire coupable, de sa responsabilité pénale. Confl., 21 novembre 1896, Féron.

(2) S. 1880, 1. 265 et S. 1890, 1. 139.

(3) S. 1881. 2. 193 et D. 1904. 2. 433.

A. — *Diffamation et injures*. — La jurisprudence des tribunaux tant administratifs que judiciaires est sur ce point très fournie.

Dès le 7 mai 1871 (Taxil), à propos d'une délibération de la commission municipale de Fréjus, contenant des imputations portant atteinte à l'honneur et à la considération du sieur Taxil, délibération ayant été rendue publique par affichage et communication à la presse, le Tribunal des Conflits décidait « que si aux termes de la loi des 14/22 décembre 1789, tout citoyen qui se croit lésé personnellement par quelque acte du Corps municipal, pourra exposer ses sujets de plainte à l'Administration, le législateur, par cette disposition, n'a entendu déférer à l'autorité administrative que les réclamations tendant à faire annuler l'acte incriminé ; mais que l'article précité ne saurait porter atteinte au droit de poursuite devant la juridiction correctionnelle, de délits prévus par la loi pénale ; que, par suite, les délits de diffamation, encore qu'ils aient été commis dans un acte administratif, sont de la compétence de l'ordre judiciaire (1) », et en conséquence, admettait la poursuite des membres de la Commission devant les tribunaux de droit commun.

Le principe de la responsabilité personnelle des fonctionnaires et de la compétence judiciaire en matière délictuelle était donc très nettement posé dès 1871. Le droit de poursuite est largement ouvert aux particuliers

(1) Voir également la décision du même jour, Dune, et l'arrêt du 18 mai 1872, Maria.

pour obtenir réparation du préjudice à eux causé par une diffamation, même commise dans un acte juridique.

Cependant quelque nettement que la haute juridiction administrative ait posé ce principe, celui-ci subit vers 1878-82, une sensible oscillation ; un revirement sembla se faire jour dans sa jurisprudence par un arrêt du 29 décembre 1877, Viette, et quatre arrêts de 1878 (1) aux termes desquels les passages diffamatoires d'un compte rendu publié dans le *Bulletin des Communes*, « lequel est un acte de l'Administration », ne peuvent être détachés de cette publication officielle pour être considérés et appréciés isolément. Il est à remarquer que la décision Viette fut rendue contrairement à l'avis du commissaire du Gouvernement et du rapporteur.

Allant plus loin, la Cour de Bourges, le 11 février 1878 (2) jugeait qu'il fallait décider de même si un journal reproduisait les articles du *Bulletin*.

Enfin, le Tribunal des Conflits, dans l'affaire Soleillet (22 avril 1882), « considérant qu'en faisant insérer dans le *Moniteur de Sénégal* une note rectificative des faits énoncés dans un article signé Soleillet..., le gouverneur avait agi dans le cercle de ses pouvoirs, et qu'il n'était relevé dans cette note aucun passage pouvant être détaché pour être apprécié isolément », jugeait que dans ces circonstances, l'autorité judiciaire ne pouvait

(1) Ces arrêts s'appliquaient d'ailleurs à des cas de responsabilité ministérielle.

(2) D. 1880. 1. 105.

apprécier compétemment un acte administratif qui, par sa nature même, échappe à tout contrôle (1).

La Cour d'assises de l'Ariège, 19 avril 1883 (2) don-

(1) La doctrine contenue dans l'arrêt Viète heurte tellement que, dès 1882, dans une très intéressante dissertation sous l'arrêt Soleillet (Lebon, 1882, p. 374), l'annotateur du Recueil fait des prodiges de subtilité pour essayer d'en faire admettre une interprétation complètement opposée à la véritable. Il remarque tout d'abord que l'arrêt Soleillet est ainsi rédigé : « Il n'est relevé dans cette note aucun passage pouvant être détaché pour être apprécié isolément. » Ce qui implique, dit-il, la possibilité dans certains cas de détacher dans un document administratif certaines parties qui deviendraient la base d'une action judiciaire. « En effet, cherche-t-il à démontrer, il ne nous est pas prouvé « que les arrêts de 1877-78 aient entendu exclure d'une manière absolue « la faculté de distinguer dans une publication officielle, aussi bien « que dans tout autre acte émané de l'autorité administrative, ce qui « serait inhérent à la fonction et ce qui prendrait le caractère d'une « faute personnelle. Les arrêts concernant le *Bulletin des Communes* « disposent à la vérité « que les passages qui font l'objet de la plainte « ne peuvent être détachés de la publication officielle, avec laquelle ils « se confondent... ». Loin, d'établir une doctrine générale, ces motifs « nous ont paru laisser entière la liberté de statuer différemment si, « dans d'autres affaires, il venait à se rencontrer des passages diffamatoires susceptibles d'être appréciés isolément. La rédaction adoptée « de l'arrêt actuel aurait donc plutôt, suivant nous, pour effet « de confirmer, en l'accentuant, nous le reconnaissons, avec plus de « netteté, une réserve essentielle, qui ressortait déjà implicitement des « arrêts antérieurs. » Le commentateur reconnaît d'ailleurs que l'arrêt de Roussen, 8 décembre 1877, allait trop loin lorsqu'il posait en principe que la défense faite aux tribunaux de connaître des actes administratifs, s'applique également aux conséquences de ces actes.

(2) D. 1884. 2. 80.

nait un dernier écho de cette doctrine en déclarant que le principe de la séparation des pouvoirs met obstacle à ce que l'autorité judiciaire saisie de la plainte d'un particulier qui se prétend diffamé par les motifs d'un arrêté préfectoral apprécie ces motifs qui servent de base à l'arrêté et sont intimement liés au dispositif (1).

Cependant dès 1878, le Tribunal des Conflits était revenu à sa doctrine primitive, consistant à charger le fonctionnaire de la responsabilité de ses fautes délictuelles. Il est d'ailleurs bien rare que le délit de diffamation ne soit pas commis dans une intention mauvaise, et qu'ainsi l'on ne soit en même temps en présence d'un fait personnel pour intention mauvaise, car nous verrons par la suite que la malveillance emporte en tous les cas responsabilité personnelle.

C'est ainsi que le Tribunal des Conflits en a décidé :

— le 18 décembre 1878, Moulis, au sujet d'un délit d'injures publiques et de diffamation qu'un maire aurait commis en insérant dans une délibération du conseil municipal des qualifications outrageantes et des imputations de faits déterminés :

— le 13 décembre 1879, Anduze, pour les mêmes motifs ;

— le 11 décembre 1880, de Rubelles, pour appréciations diffamatoires contenues dans une lettre écrite par le préfet pour être transmise au président de la commis-

(1) Voir, au chapitre suivant, comment cette thèse a été récemment reprise par M. Duguît, sous le nom de théorie de la faute incluse.

sion municipale et dont celui-ci a adressé copie au demandeur, cette action étant fondée sur des faits personnels au fonctionnaire et n'impliquant l'appréciation d'aucun acte administratif ;

— le même jour, même décision, Martin ;

— le 2 avril 1881, Catta, pour paroles injurieuses d'un commissaire de police : « Le Parquet doit s'estimer heureux d'être débarrassé d'un magistrat tel que vous ;

— le 22 mars 1884, Berault, pour le fait d'un maire qui lut au Conseil Municipal le rapport d'un commissaire de police contenant l'allégation de faits de nature à porter atteinte à l'honneur et communiqua en entier le procès-verbal à la presse (1) ;

— le 5 juillet 1884, Vimont, pour le fait d'un préfet qui, après avoir pris un arrêté à l'effet de prononcer la démission du membre du Comité Central contre le phylloxera pour n'avoir assisté à aucune séance depuis deux années sans s'être excusé par lettre, aurait répondu aux protestations soulevées par cette mesure dans une réunion du comité « qu'il avait entre les mains un volumineux dossier contre le membre dont il s'agissait et que s'il en donnait lecture l'opinion du comité à son égard en serait gravement impressionnée ; »

— le 11 décembre 1904, Gérard, pour le fait d'un maire qui fit placarder dans une ville, à la veille des

(1) Cet arrêt, reprenant la formule de l'arrêt Taxil, 1871, déclare que l'article 60 du D. du 14 décembre 1789 ne porte aucune atteinte au droit de poursuivre devant la juridiction correctionnelle les délits prévus par la loi pénale.

élections un télégramme du sous-préfet portant que Gérard condamné à 8 mois de prison ne pouvait pas voter.

La Cour de Cassation avait jugé de même dans une affaire analogue, 19 mars 85, Picquet (1), et aussi le 20 décembre 1906, pour affichage diffamatoire par un maire (2).

B. — Homicide par imprudence. — Le fait cependant de voir dans un acte diffamatoire commis par un fonctionnaire, une source de responsabilité relevant des tribunaux répressifs, pourrait paraître tenir à ce fait que, dans la diffamation, l'intention malveillante est toujours évidente, et par conséquent que l'acte, même commis à l'occasion du service, en est tellement détachable, qu'au fond c'est beaucoup moins en tant que délit qu'en tant que faute personnelle caractérisée que les tribunaux correctionnels en doivent connaître. — D'abord c'est là un point de vue complètement différent de celui où se placent les tribunaux judiciaires. Et puis le contraire apparaît bien dans la jurisprudence des deux ordres relative aux homicides par imprudence. Les arrêts du Tribunal des Conflits du 2 mai 1914, Provost, et du Conseil d'Etat du 16 juillet 1914, Babouet, en sont deux remarquables exemples. (3)

Conflit : 2 mai 1914, Provost : Une petite fille travers-

(1) D. 1885. 1. 426.

(2) Voir également Cass., 10 février 1888 (D. 1888, 1, 139) et 3 août 1901 (D. 1903. 1. 133).

(3) Voir aussi Conf. 31 juillet 1875. Pradines.

sant la cour d'une école communale où des travaux étaient exécutés pour l'écoulement des eaux, tombe dans une tranchée qui avait été ouverte par le sieur Cornu, cantonnier de la Ville du Creusot, et qui n'était ni éclairée, ni entourée de barrières, l'enfant se tua. Dans un arrêt dont nous reparlerons plus tard au sujet du cumul des responsabilités, le Tribunal des Conflits déclara que, pour le sieur Cornu, « le fait, s'il était établi, serait de nature à constituer un délit prévu et puni par le Code pénal » ; que dès lors, la circonstance qu'il aurait été commis à l'occasion d'un travail public ne saurait faire échec au principe d'après lequel la juridiction correctionnelle, légalement saisie de la connaissance d'un délit, est compétente pour statuer accessoirement à l'action publique, sur les dommages-intérêts réclamés à l'auteur du délit. »

L'arrêt suivant est plus significatif encore.

Conseil d'Etat, 16 juillet 1914, Babouet : en 1901, des ouvriers procédant, boulevard du Bouscat, à Bordeaux, à un doublement de fils télégraphiques, un de ces fils se rompt, tombe, brûle grièvement le sieur Babouet et tue sa femme par électrocution. Le contremaître Lajugie ayant été poursuivi, la Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 23 mai 1902, tout en reconnaissant que la responsabilité dudit sieur Lajugie était atténuée dans une large mesure pour cette circonstance qu'aucune instruction particulière n'avait été donnée au contremaître, et que le mode d'exécution qu'il avait employé était celui généralement en usage ou tout au

moins toléré jusqu'à ce jour, constata la matérialité du délit et condamna le contremaître à une amende. On se trouvait cependant en présence, beaucoup plus d'une faute de service que d'une faute personnelle ; mais il y avait là un délit prévu et puni par le Code pénal, et le contremaître fut condamné.

La Cour de Cassation avait rendu un arrêt analogue le 13 juillet 1889 (1).

La jurisprudence semble unanime à déclarer que la perpétration d'un fait délictueux ne peut jamais rentrer dans la catégorie des actes administratifs, mais qu'elle fait dégénérer l'acte du fonctionnaire en un fait personnel particulièrement grave, dont il est responsable devant les tribunaux de répression. Nous avons cité des arrêts sur les lacérations d'affiches, des diffamations et des homicides par imprudence ; mais la jurisprudence est générale. Voir notamment trois arrêts du Tribunal des Conflits (4 juillet 1874, Marchioni, 12 décembre 1908, Jourdan, et 22 juillet 1909, Carbonnel), relatifs à des détournements ; un arrêt de Cassation du 25 mars 1887 (2), relatif à un délit de chasse (battue organisée par un maire en dehors de toute forme) ; un arrêt du Tribunal des Conflits du 26 mars 1881, *Pezilla-la-Rivière*, relatif aux détériorations commises par un maire pendant sa gestion ; l'arrêt de Cassation du 20 juillet 1907, pour les manquements d'un directeur de poudrerie

(1) D. 1890. 1. 130.

(2) D. 1888. 1. 134.

nationale aux dispositions de la loi de 1898 sur les accidents de travail; l'arrêt Anguet de 1911 (agents des P. T. T., condamnés correctionnellement pour coups et blessures); l'arrêt Lacombe (Confl., 13 novembre 1875) relatif à un délit de violation de sépulture, prévu et puni par l'article 300 du Code pénal; voir aussi Lyon, 22 janvier 1904 (1).

Il convient cependant de faire ici deux observations importantes :

I. — La première, c'est que tous les actes ayant en soi le caractère de crimes ou de délits, commis par des fonctionnaires, ne seront pas nécessairement qualifiés tels. Tout dépend, en effet, de la façon dont est engagée la procédure : le requérant s'est-il tout d'abord adressé aux tribunaux répressifs pour déposer sa plainte ou bien a-t-il engagé l'action devant les tribunaux administratifs ? Suivant l'hypothèse, la qualification du fait pourra changer, si sa nature même demeure immuable.

La portée de cette remarque est peut-être au premier abord, peu sensible. Mais prenons pour exemple les actes qui constituent des atteintes à la propriété, tels que les dégradations, bris de clôture, troubles à la jouissance, etc. Ces faits peuvent s'apprécier d'abord au point de vue délictuel; c'est le point de vue où se placent les tribunaux répressifs; ils peuvent aussi s'apprécier du point de vue de savoir s'ils constituent ou non des voies de fait, angle auquel se placent les juridictions adminis-

(1) D. 1904. 2. 321.

tratives et le Tribunal des Conflits ; mais aux deux points de vue les deux ordres de juridiction s'accordent à leur reconnaître, en principe, le caractère de faits personnels: (Crim., 14 février 1902, Voisin) (1), et Confl., 10 décembre 1898, Mirandol). Cependant, il peut arriver, et la jurisprudence en donne des exemples, qu'un acte constituant essentiellement un délit soit porté devant la juridiction administrative et que celle-ci, hypnotisée par la perspective administrative, c'est-à-dire par la situation du fonctionnaire telle quelle apparaît du point de vue de l'Administration et qui est bien différente vue du point de vue du droit commun, il peut arriver que la jurisprudence décide d'attribuer la responsabilité de l'acte, non plus au fonctionnaire, mais à l'Administration. C'est ce qui s'est produit dans l'arrêt Bailly (Confl., 17 novembre 1917) dans lequel le Tribunal des Conflits qualifie de fait de service le fait pour un maire d'avoir pénétré par effraction dans le grenier d'un de ses administrés pour y saisir des sacs de blé et les livrer au ravitaillement ; il nous semble hors de doute que, porté devant les tribunaux correctionnels, le fait eût été qualifié de délit et puni comme tel (2).

Même remarque pour l'arrêt Loumagne (Confl. 26 juin 1897) : un maire avait inscrit, au tableau rectificatif de la liste électorale, la mention du jugement, cause de l'incapacité, en regard du nom de l'électeur rayé, ce qui

(1) D. 1903. 1. 101.

(2) Voir *infra*, p.

est en soi une diffamation. Certes l'Administration en était moralement responsable : de telles pratiques étaient dans ses traditions et en outre des instructions ministérielles avaient été données au maire. Celui-ci avait néanmoins commis un acte qualifié de délit par le Code Pénal, et la Cour de Cassation l'en avait rendu responsable dans son arrêt du 20 juin 1896 (1). — Mais, le Tribunal des Conflits, dérogeant à ses principes, trancha l'affaire dans un sens différent et reporta la responsabilité à la charge de l'Administration. Certes, la décision du Tribunal des Conflits s'explique par l'influence de l'ordre hiérarchique que nous étudierons plus loin ; l'opposition des points de vue est néanmoins ici parfaitement évidente. — L'arrêt Loumagne, comme l'arrêt Bailly constituent d'ailleurs des faits isolés, sans aucune autre portée que d'espèce et qui proviennent de ce fait qu'un acte peut être envisagé sous divers aspects par deux ordres de juridiction dont l'esprit diffère.

II. — La seconde observation qu'il nous paraît essentiel de faire en cette matière, c'est qu'il s'est produit depuis quelques années une évolution générale de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la suite de laquelle celui-ci a été amené à modifier son point de vue en ce qui concerne les rapports du droit administratif et du droit pénal. Nous voulons parler de l'évolution qui a entraîné une extension doctrinale considérable du système du cumul qui fera l'objet de la dernière partie de

(1) D. 1899. I. 390.

cette étude. Mais sur le point particulier de la faute délictuelle, disons tout de suite que si rien n'a été modifié en ce qui concerne la responsabilité personnelle du fonctionnaire et les poursuites dont il est passible devant les tribunaux répressifs, la tendance actuelle a consisté depuis quelques années à ne plus exclure la faute délictuelle du droit administratif. Comme le remarque notre maître, M. le professeur Mestre, dans une note sur laquelle nous aurons l'occasion de revenir (1), on avait cru longtemps à une antinomie entre droit pénal et opération administrative : une faute délictuelle ne pouvait en aucun cas être attribuée à l'Administration. Il y avait là d'abord, comme le dit M. Mestre, une survivance partielle et désuète de l'idée d'irresponsabilité et d'infailibilité de la puissance publique. Mais, selon nous, la véritable raison était la manière défectueuse d'envisager les rapports de la responsabilité de l'Administration et de celle de ses agents. Dans la conception primitive, ces deux responsabilités s'excluent ; ou le fait est personnel, et seul l'agent en est responsable ; ou il ne l'est pas, et seule l'Administration en porte la charge. Or, comme il y a manifestement une faute personnelle de fonctionnaire dans tout délit, on en concluait que l'Administration devait être tenue hors de cause, opinion qui se manifestait, comme nous l'avons vu dans l'arrêt Vincent, sous la forme suivante : un acte de ce genre ne saurait en aucun cas revêtir le caractère ni d'un acte administratif, ni même d'un acte de gouvernement.

(1) S. 1921. 1. 353.

Depuis, les idées ont évolué, et, pour bien des raisons dont la principale est de donner à la victime du préjudice souffert une réparation juste et effective, la jurisprudence a été amenée à ne plus considérer les deux responsabilités comme s'excluant l'une l'autre, mais au contraire comme devant dans bien des cas se combiner, se cumuler. Dans de nombreux arrêts, dont nous avons déjà cité quelques-uns, comme les arrêts Anguet, Provost, Babouet, si la responsabilité personnelle des agents a été maintenue et si les poursuites devant les tribunaux répressifs ont abouti comme par le passé, la jurisprudence administrative de son côté, soit qu'elle ait relevé une faute caractérisée du service public, comme dans l'arrêt Babouet, soit même en l'absence de cette faute, comme dans l'arrêt Provost, a retenu la responsabilité de l'Administration parallèlement à la responsabilité du fonctionnaire. La Cour de Cassation dans un arrêt du 27 novembre 1918 a adopté cette doctrine nouvelle par laquelle l'intérêt des particuliers est sauvegardé. « Ainsi, conclut M. Mestre dans la note précitée, droit pénal et droit administratif ne sont plus regardés comme antinomiques. La présence d'un délit pénal n'a pas pour effet nécessaire de dénaturer l'opération administrative, puisque le dommage, quoique provenant d'une infraction, reste dommage de Travaux Publics. » Le fonctionnaire coupable reste donc responsable de ses infractions pénales, mais, dans le dernier état du droit, sans préjudice d'une responsabilité éventuelle de l'Administration.

CHAPITRE II

Responsabilité des fonctionnaires pour fautes non prévues par le Code pénal

Nous avons étudié tout d'abord la catégorie des fautes délictuelles, parce que, en ce qui la concernait, les principes à dégager de la jurisprudence étaient extrêmement simples. Nous avons vu en effet que chaque fois qu'il y avait crime ou délit, la responsabilité du fonctionnaire était engagée, qu'il s'agisse d'une faute incluse dans un acte juridique administratif ou dans un acte d'exécution du service.

Nous avons traité séparément des fautes délictuelles et des fautes non délictuelles parce que pour ces dernières nous allons être entraînés dans les complications des distinctions. Nous étudierons notamment ces fautes sous deux grandes divisions, consacrées l'une aux fautes contenues dans les actes juridiques proprement dits, l'autre à celles contenues dans les actes non juridiques, ou « opérations matérielles », comme dit M. Duguit.

Nous faisons cependant remarquer dès l'abord que cette disposition n'a été adoptée que pour la commodité et la clarté du développement. Il est bien entendu que les matières étudiées dans les différents chapitres de cette

partie chevauchent entr'elles ; cette disposition n'a pour but que de dégager de l'amas complexe de la jurisprudence des formules aussi simples et claires que possible et cependant serrant de près la réalité des faits.

SECTION I

Fautes non délictuelles contenues dans des actes juridiques

Nous entendons examiner dans cette section les différentes espèces où le préjudice causé par un fonctionnaire à un particulier provient d'un acte administratif de décision. « Il faut mettre à part, dit M. Duguit, les actes juridiques accomplis par un agent et pour lesquels il peut être question d'une compétence proprement dite, d'une illégalité commise par violation de la loi de compétence et par conséquent de la nullité ou de la validité de l'acte accompli. » Les actes générateurs de dommage que nous examinerons ici seront les décisions exécutoires, au sens où l'entend M. Hauriou, c'est-à-dire toute déclaration de volonté en vue de produire des effets de droit, émise par une autorité administrative, dans une forme exécutoire, mais aussi les actes constituant une absence ou un refus de décision, toute manifestation de volonté susceptible à ce titre de recours par la voie de droit ou de recours direct (1).

Nous n'insisterons d'ailleurs pas sur le point de savoir

(1) Nous englobons dans cette étude, en même temps que les décisions exécutoires proprement dites, leurs conséquences, en même temps

si l'acte administratif illégal peut dégénérer en quasi délit de droit commun ou dans quelle mesure l'illégalité d'un acte influe sur le départ des responsabilités ; c'est là un problème depuis longtemps éclairci. Il s'est posé avec une certaine acuité en 1877 et, sous l'influence de Laferrière, s'est résolu dans le sens d'une indépendance absolue des deux questions (1). Le Tribunal des Conflits dans l'arrêt du 24 novembre 1877, Gounouilhon, et dans d'autres nombreux arrêts, a tranché le problème en usant de la formule suivante : « La prohibition faite aux tribunaux de connaître des actes administratifs leur interdit également de rechercher s'ils ne

que l'ordre l'exécution qui fait corps avec lui. Il est évident que le fait de fermer une usine insalubre ne saurait se séparer de l'ordre que le préfet en a donné, même si cet ordre doit être ensuite annulé par le Conseil d'Etat pour excès de pouvoir, car l'invalidation d'un acte par le Conseil d'Etat n'a pas pour effet nécessaire de lui faire perdre son caractère administratif. Il y a cependant des actes, qui, en apparence administratifs, sont entachés de ce vice anormal que Laferrière appelle l'usurpation de pouvoir (tome II. p. 497), acte pris par une personne dépourvue de toute autorité ; ces actes n'ont point le caractère administratif ; ils ne l'ont jamais eu, ils ne sauraient l'avoir ; la question de leur annulation ne peut se poser, car, du point de vue administratif, ils sont inexistants, et leur exécution est une voie de fait. — Nous étudions donc dans cette première section, en même temps que leurs conséquences, les actes juridiques qui, même annulables, sont marqués du caractère administratif. Quant aux actes entachés d'usurpation de pouvoir, ils ne sauraient être qualifiés d'actes juridiques, et nous les étudierons, dans notre seconde section, avec la voie de fait.

(2) Laferrière, *op. cit.*, I. p. 653.

seraient pas entachés d'erreur ou d'excès de pouvoir ; l'illégalité reprochée à un acte administratif ne le dépouillerait pas de ce caractère pour le faire dégénérer en un fait particulier, et, à l'autorité administrative seule il appartiendra d'apprécier si ce reproche est fondé », formule complétée dans l'arrêt du 15 décembre 1877, de Roussen et About : « l'illégalité ou l'excès de pouvoir n'ont pas pour effet *nécessaire* de faire dégénérer la faute ou l'erreur qui aurait été commise en une faute personnelle de laquelle seule peut résulter la responsabilité civile ».

Cette adjonction du mot « nécessaire » par laquelle Laferrière avait voulu réserver le cas où l'excès de pouvoir aurait en même temps le caractère d'une faute lourde, a pour effet de séparer très distinctement, sans en exclure la connexité, les deux sphères de l'illégalité et de la responsabilité. Il ressort de l'ensemble de la jurisprudence que si l'annulation d'une décision administrative pour excès de pouvoir peut faire présumer une faute personnelle de son auteur, il ne s'ensuit pas que cette présomption se trouve nécessairement confirmée. Il y a des espèces jurisprudentielles où, même dans le cas de faute lourde réservé par Laferrière, la faute demeure administrative. Il peut très bien arriver d'autre part que l'on se trouve en présence d'une faute personnelle dans la légalité.

Deux questions se posent donc à propos des actes juridiques administratifs, questions parfaitement distinctes et indépendantes, celle de la légalité, celle de la

responsabilité, sans que l'on puisse dire que la solution donnée à l'une fasse préjuger de la solution de l'autre. C'est uniquement de la question de la responsabilité que nous avons à traiter ici.

En ce qui concerne la question de la responsabilité et de la faute personnelle, il nous apparaît qu'un principe très clair se dégage de l'ensemble des espèces que nous avons étudiées : c'est que, pour les actes juridiques, le partage de la responsabilité entre le fonctionnaire et l'Administration se fait d'après le but poursuivi, et uniquement d'après ce critérium. Si le fonctionnaire auteur de la décision incriminée a entendu atteindre des résultats d'ordre privé (passion personnelle, rancune, vengeance), la faute sera personnelle : si au contraire le fonctionnaire n'a eu en vue qu'un intérêt d'ordre administratif (nous ne disons même pas l'intérêt de l'Administration : un arrêt fameux que nous allons examiner nous donne le meilleur exemple d'un préfet poussé par le mobile administratif de la protection de ses subordonnés, et essayant d'arriver à ses fins par des moyens peu avouables, et cependant ne supportant pas en définitive la responsabilité de ses actes), si donc le fonctionnaire n'a eu en vue qu'un intérêt administratif, c'est l'Administration qui portera la charge de la faute commise, quel que soit le degré de cette faute. Nous nous séparons sur ce point de l'opinion de Laferrière qui, nous l'avons vu plus haut, avait songé, dans l'arrêt Roussen et About, par l'adjonction du mot « nécessaire » à réserver le cas de faute lourde.

I

Pour motifs d'animosité et de haine politique, le sieur Souhet, maire de Firminy, cherchant à ruiner le sieur Grosson en l'empêchant d'exercer sa profession, lui interdit l'accès de l'abattoir municipal, mesure qui entraîna la perte de toutes les viandes emmagasinées. Le sieur Grosson intenta alors, parallèlement, une action en indemnité devant les tribunaux civils contre le maire et un recours pour excès de pouvoir contre son arrêté devant le Conseil d'Etat. Celui-ci le 2 juin 1897 annula l'acte attaqué. Puis, le tribunal civil de Saint-Etienne (8 juin 1895) et le Conseil d'Etat (31 janvier 1902), s'étant successivement déclarés incompétents sur la première action, sur conflit négatif, le Tribunal des Conflits décida que les faits reprochés au sieur Souhet constitueraient, s'ils étaient établis, des fautes personnelles se détachant de l'exercice des fonctions de maire (8 novembre 1902) (1).

Nous n'insisterons pas sur l'interprétation de cet arrêt. Il est bien évident que le maire avait agi dans l'exercice de ses fonctions et qu'il avait usé des pouvoirs que la loi lui confère. Mais la passion malveillante à

(1) Par contre n'est pas fait personnel l'acte d'un maire qui refuse une caisse de fromages à l'entrée de la ville, le laboratoire municipal les ayant reconnus impropres à la consommation. Dans son arrêt du 19 octobre 1898 (C. 1898. I. 567), la Cour de Cassation déclare ne relever « aucun fait personnel », dans le sens de malveillance.

laquelle il a obéi suffit à pervertir l'acte administratif et à le faire dégénérer en une faute personnelle dont l'auteur doit porter toute la responsabilité.

Les espèces de ce genre sont d'ailleurs rares. Nous sommes ici amenés à faire la même remarque qu'au chapitre précédent, à savoir que le processus de l'affaire peut se trouver modifié suivant la façon dont a commencé la procédure. Selon en effet, en ce qui concerne les actes juridiques, que le requérant aura envisagé l'affaire sous l'angle de la validité ou sous celui de la responsabilité, la question se posera différemment.

Par exemple dans l'arrêt Maugras (C. d'E. 16 novembre 1900), un maire avait pris en vertu des pouvoirs de police qui lui appartiennent dans l'intérêt du maintien de l'ordre, du respect de la loi et de la discipline, des mesures disciplinaires contre un agent. Une lettre du maire ayant relevé que celui-ci, en frappant l'agent, avait agi non pour la sauvegarde des intérêts à lui confiés, mais dans un but de vengeance personnelle, la victime attaqua l'acte par le recours pour excès de pouvoir et obtint l'annulation. Mais nul doute que s'il eut envisagé la question sous l'angle de la responsabilité, il eut obtenu contre le maire une condamnation à des dommages-intérêts pour faute personnelle. — Et ainsi pour de nombreux arrêts où l'excès de pouvoir a sa source dans l'intention mauvaise de l'auteur de l'acte (1).

(1) Il y avait également les éléments d'une faute personnelle dans

II

Si le fonctionnaire, avons-nous dit, n'a eu en vue qu'un intérêt d'ordre administratif, c'est l'Administration qui portera la charge de la faute commise, quel que soit le degré de gravité de cette faute. — Nous donnerons de ce principe deux exemples particulièrement saisissants : l'arrêt Laumonnier-Carriol (Confl. 5 mai 1877) et l'arrêt Olivier-Zimmermann (C. d'E. 27 février 1903).

En vertu des pouvoirs que lui conférait la loi sur les établissements dangereux et insalubres, le sieur Merlet, préfet de Maine-et-Loire, avait décidé, par un arrêté préfectoral du 29 avril 1874, la fermeture d'une fabrique d'allumettes appartenant au sieur Laumonnier-Carriol. Celui-ci poursuivit aussitôt devant le tribunal civil d'Angers, pour faute personnelle, le préfet de Maine-et-Loire, et les sieurs Bodet et Magne, anciens ministres des Finances. L'arrêt préfectoral était en effet entaché d'un

le fait pour un maire d'avoir suspendu par dix arrêtés consécutifs, un garde-champêtre de ses fonctions, et de continuer de prendre contre lui des arrêtés de suspension malgré l'arrêt du Conseil d'Etat annulant les dix premières mesures. (C. E. 23 juillet 1909 et 22 juillet 1910, Fabrégues). Non seulement, il y avait dans cette affaire une hostilité personnelle évidente, mais, nous ralliant à l'opinion exprimée par M. Hauriou dans sa note du S. 1911. 3. 121, nous estimons que le refus d'exécuter une décision de justice devrait constituer dans tous les cas une faute personnelle de l'agent. C'est la seule solution d'une question de moralité à quoi est intéressée la réputation de nos Administrations publiques ; voir sur ce point : Daresté, *op. cit.*, p. 560, n° 156.

détournement de pouvoir flagrant. C'était l'époque où en vertu de la loi prescrivant l'établissement du monopole de l'Etat sur les allumettes, les fabriques privées étaient fermées, sous réserve d'une indemnité à verser par le Trésor. C'était pour éviter à l'Etat un débours important que le sieur Merlet, sur les instructions du ministre des Finances, avait ordonné la fermeture de l'usine, sous le fallacieux prétexte qu'en vertu de la législation sur les établissements dangereux et insalubres, l'exploitation en était illégale. Sur la requête du sieur Laumonnier-Carriol, le tribunal d'Angers s'étant déclaré compétent, le préfet éleva le conflit, et ce fut la décision du 5 mai 1877 rendue sur les conclusions de Laferrière. L'arrêt du Tribunal d'Angers était formel : « Il importe peu que pour abriter un excès de pouvoir, le préfet l'ait revêtu d'une forme administrative. — La forme brisée, l'excès reste et la justice civile est juge des conséquences ». Dans ses fameuses conclusions, Laferrière s'éleva contre cette conception du tribunal civil. « Celui-ci, dit-il, paraît s'être mépris sur la portée de l'annulation pour excès de pouvoir ; nous reconnaissons que l'expression prête à l'équivoque : elle désigne dans la pratique du contentieux administratif toute incorrection commise au point de vue de la légalité, toute faute, toute erreur, même la plus vénielle et la plus excusable sur le sens d'une loi, les limites d'une compétence, et mêmes les exigences d'une procédure... L'Administration dont la décision est cassée par le Conseil d'Etat, n'encourt pas de plein droit une responsabilité personnelle. »

Dans son arrêt du 5 mai 1877, le Tribunal des Conflits confirma l'arrêté de conflit, décidant que la faute du préfet, quoique extrêmement lourde, était cependant une faute de service ; dans cette décision, le but seul poursuivi par l'agent était considéré : le préfet n'avait eu en vue que l'intérêt financier de l'Etat ; il était impossible de le rendre personnellement responsable de son acte (1).

Vingt-cinq ans après, le 27 février 1903, le Conseil d'Etat rendait une sentence analogue dans une affaire du même ordre, mais plus grave peut-être encore que la précédente.

Dans un terrain situé au bord de la rivière la Nive et appartenant à la demoiselle Olivier et aux époux Zimmermann, un conducteur des ponts et chaussées et un entrepreneur pratiquèrent des fouilles, sans prendre la précaution de se soumettre aux formes prescrites par la loi du 29 décembre 1892 sur l'occupation temporaire ; les intéressés lésés avaient entrepris, contre les auteurs du dommage, des poursuites devant le tribunal de Saint-Palais, lorsque le préfet, pour couvrir ses agents, eut recours à un subterfuge : le 20 mars 1895, il prenait un arrêté de délimitation de la rivière la Nive, englobant dans le domaine public fluvial le fond des consorts Olivier-Zimmermann. A cette décision qui les visait injustement, les intéressés répondirent en entou-

(1) Voir dans le même sens, Conf. 17 décembre, Compagnie des vidanges.

rant leur terrain d'une clôture. Pris dans l'engrenage de la procédure, le préfet leur fit alors dresser une contravention de grande voirie pour avoir enclos une dépendance du domaine public. Le Conseil de Préfecture, par un arrêté du 26 juin 96 faisait enlever la clôture, par les agents des Ponts et Chaussées. Cependant, le Conseil d'Etat saisi par les intéressés annulait, le 11 mars 1898, à la fois l'arrêté de délimitation et la condamnation du Conseil de Préfecture. Forts de ces deux décisions, les requérants reprenaient devant les tribunaux judiciaires leurs poursuites contre l'entrepreneur et le conducteur des Ponts et Chaussées, que la Cour de Paris condamne au paiement d'une indemnité ; ils saisissaient d'autre part le ministre des Travaux Publics d'une demande en dommages-intérêts pour préjudice causé par la démolition de leur clôture et par les procédures coûteuses à quoi l'Administration les avait acculés. C'est sur cette demande en indemnité qu'intervient la décision du 27 février 1903.

La question posée par les requérants sur le terrain de la responsabilité de l'Administration y demeure ; celle du préfet n'est pas mise un seul moment en jeu. Les considérants de l'arrêt font cependant très nettement allusion à la faute lourde lorsqu'ils parlent de « l'ensemble de mesures abusives » prises dans le but d'arriver à l'incorporation dans le domaine public d'une sablière appartenant aux consorts Olivier-Zimmermann. Il rentre certes d'une façon très précise dans les attributions d'un préfet de prendre des arrêtés de déli-

mitation du domaine public ; mais il y avait en l'espèce, sous le couvert de cette décision, le mobile évident de dégager la responsabilité de ses subordonnés. L'arrêté préfectoral n'était qu'un prétexte ; il y avait là sinon abus de pouvoir, en tout cas détournement de pouvoir évident. L'arrêté tendait en somme à déposséder un citoyen ; c'était non seulement un acte illégal, mais un acte injuste, un acte de spoliation, du même ordre que celui de 1874 tendant à aboutir à la fermeture de la fabrique du sieur Laumonnier-Carriol sans lui verser la juste indemnité que la loi avait prévue ; d'autre part, le préfet avait agi en pleine connaissance de cause, dans un but peu avouable ; c'est en effet mal comprendre la dignité et les intérêts de l'Administration que de recourir à de pareils stratagèmes qui sont, en même temps que des actes de pure tyrannie, des actes de malhonnêteté.

Nous nous trouvons donc ici en présence d'une faute particulièrement lourde et qui aurait dû engager à fond la responsabilité de son auteur, s'il était de principe qu'en cette matière la responsabilité personnelle du fonctionnaire dépende de la faute lourde. Cependant, étant donné le but d'ordre purement administratif qu'avait poursuivi le préfet, la question de sa responsabilité ne se pose même point ; c'est l'Administration, dont il chercha l'intérêt (et nous avons vu de quelle manière pitoyable) qui est déclarée responsable et condamnée à indemniser les particuliers lésés.

« Il faut en conclure, dit M. Hauriou (1), que le fait de service n'est pas toujours une faute légère, car l'ensemble des mesures abusives reprochables au préfet dans cette affaire constitué une faute grave qui confine au dol ».

Certes, si l'on peut concevoir une minute ce qu'est une « faute grave confinant au dol » (2), la faute commise par le préfet des Basses-Pyrénées rentre bien dans cette catégorie, car c'est mal agir du point de vue de l'Administration que d'accomplir dans un but de protection hiérarchique, des actes de nature à jeter sur la gestion administrative un discrédit mérité. Cependant, nous l'avons déjà dit, et c'est la raison pour laquelle nous avons distingué les actes juridiques des actes qui ne le sont pas, nous ne croyons pas que le degré de gravité de la faute doive entrer en ligne de compte en matière de décisions exécutoires. Les autorités chargées de les prendre sont extrêmement rares : les unes, comme les préfets, sont entièrement dans la main du gouvernement qui peut les casser *ad nutum* pour des fautes même légères; les autres comme les maires, sont des

(1) Note au S. 1905. 3. 17.

(2) Cette expression, ainsi que celle de « faute lourde assimilable au dol » nous paraît devoir être écartée, comme susceptible d'une interprétation erronée, certains auteurs nous ayant paru penser que la faute lourde n'entraîne faute personnelle que quand elle fait *présumer* l'intention mauvaise. Nous verrons dans la deuxième section de ce chapitre, que, même commise de bonne foi, la faute lourde peut, dans certains cas, entraîner une responsabilité personnelle de son auteur.

fonctionnaires bénévoles, non rétribués et que, de ce fait, il est absolument impossible de charger d'une responsabilité trop onéreuse. Aux préfets qui ne sont que des instruments, aux maires qui sont des agents désintéressés, on ne peut attribuer la charge que des fautes commises par passion personnelle, ou dans un but privé, ce qui revient au même (1).

« Il semble, ajoute M. Hauriou, que le fait de service deviendra difficile à distinguer du fait personnel ». C'est là à notre sens une confusion regrettable. M. Hauriou qui pendant de longues années s'était fait le champion du critérium de la faute lourde, semble désorienté par l'arrêt Zimmermann, et du même coup, parce que dans cette espèce une faute lourde n'est pas considérée comme faute personnelle, abandonne son critérium. Nous verrons dans la deuxième section de ce chapitre que c'est là une généralisation un peu hâtive et qu'en

(1) Voir également dans le même sens l'arrêt de la Cour de Bordeaux du 19 juin 1917. Montpilié (S. 1918 — 19.2.1.). Le maire de Bordeaux avait pris un arrêté réglementant l'inspection sanitaire des viandes foraines. L'un des articles de cet arrêté prévoyait le transport d'office au poste d'inspection des viandes non estampillées. En exécution de cette disposition, le maire fit saisir à l'étal et dans les boutiques les viandes non présentées à l'inspection, pour faire procéder à cette formalité. Les bouchers ayant poursuivi le maire, en son nom personnel, devant le tribunal correctionnel pour infraction à la loi pénale (art. 184 et 186 : abus d'autorité), l'affaire alla en Cassation. La Cour se déclara incompétente, les mesures générales prises par le maire ne laissant apparaître à sa charge aucune faute personnelle se détachant de ses fonctions.

ce qui concerne les actes matériels, la faute lourde ou du moins certaines fautes lourdes doivent être prises en considération. Mais l'arrêt Zimmermann rendu sur une faute lourde contenue dans un ensemble d'actes juridiques est la preuve la meilleure, confirmant l'arrêt Laumonnier-Carriol, qu'en ce qui concerne les actes juridiques, seul le but poursuivi doit être considéré. Mais seulement en ce qui concerne les actes juridiques.

Nous avons donc pour cette catégorie d'actes un critérium extrêmement simple et d'une application facile. La jurisprudence nous en donne d'ailleurs d'assez nombreux exemples, notamment en ce qui concerne les refus de certificats. C'est ainsi que dans sa décision du 23 novembre 1878, de Parcevaux, le Tribunal des Conflits dégage de toute responsabilité un préfet qui avait donné l'ordre à son secrétaire général de ne point délivrer d'expédition d'un procès-verbal d'enquête et de contre-enquête administrative.

— mêmes décisions. Confl. 29 novembre 1879 de Boislinart, et 13 décembre 1879, de la Frégeolière, au sujet du refus d'un maire de certifier la sincérité d'une signature.

— Confl. 16 avril 1880, Gorry (refus d'un certificat de bonne vie et mœurs) — id. — 26 juin 1897, Métivier.

— Confl. 21 mai 1881, Cunéo d'Ornano (refus d'un récépissé de déclaration de vente d'un journal sur la voie publique).

— Confl. 3 décembre 1892, Chabaud (refus de délivrer un acquit-à-caution).

— Confl. 2 mars 1901, Fournier (refus d'un certificat qui aurait permis au requérant de faire conduire ses bestiaux au marché par temps d'épizootie).

— Confl. 24 décembre 1904, Soufflet (refus d'un arrêté d'alignement).

— Confl. 12 décembre 1908, Garenne (refus d'admission à une adjudication).

— dans un ordre d'idées analogues, Confl. 17 janvier 1880, Pineau (pas de faute personnelle pour le maire qui n'a pas affiché immédiatement la déclaration d'ouverture d'une école libre).

Mais le refus de certificat devient par contre un fait personnel s'il est motivé par des sentiments de malveillance; dans ce sens Cass. Civ. 26 mai 1897 (1): « Il y a faute personnelle distincte de l'acte administratif et l'autorité judiciaire est compétente lorsqu'un maire mis en demeure de délivrer à un propriétaire le certificat de vendanges prévu par la loi du 29 juillet 1884, refuse d'abord ce certificat pour le motif « qu'il est en mauvais termes avec le propriétaire », puis, ne l'accorde qu'après avoir fait procéder à une vérification par des experts qui étaient notoirement les ennemis personnels du propriétaire, et en réduisant arbitrairement la quantité des vendanges » (2).

(1) D. 1897. I. 578.

(2) Un seul arrêt discordant, Agen, 17 juillet 1893 (D. 1816. I. 572),

Dé même, si nous avons cité tout l'heure l'arrêté d'un maire prononçant des peines disciplinaires contre un agent dans un but d'hostilité, par contre la révocation d'un fonctionnaire dans laquelle on ne relève aucun mobile privé, ne peut être de la compétence judiciaire ni engager la responsabilité personnelle de son auteur (C. d'E. 7 décembre 1912, Sensal).

III

Tout serait donc très simple pour la catégorie d'actes que nous étudions, si une question de procédure n'avait été soulevée à leur sujet, qu'il nous faut maintenant examiner. Les tribunaux judiciaires, à qui revient d'après le partage des compétences, la connaissance des fautes personnelles, doivent, a-t-on dit, se déclarer incompétents en ce qui concerne les fautes personnelles contenues dans les actes juridiques ; l'appréciation, l'interprétation de ces derniers leur échappe, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs ; d'autre part la connaissance de la faute personnelle contenue dans l'acte administratif implique l'appréciation de cet acte. Sans attendre même le déclinaire que propose d'ordonner le préfet, ils doivent donc refuser de connaître de la requête qui leur est soumise. C'est la théorie que l'on a appelée « théorie de la faute incluse » et qui a été sou-

voit une faute personnelle dans le fait d'un maire qui avait légalisé une signature fausse.

tenue par M. Duguît dans une note récente qui eut un certain éclat (1).

A vrai dire, cette théorie n'est pas nouvelle ; elle fut autrefois défendue au sein même de nos juridictions ; nous avons vu, au chapitre précédent, qu'elle avait eu son heure de succès, dont l'arrêt du 29 décembre 1877, Viette, marqua l'avènement, et l'arrêt du 12 avril 1882, Soleillet, déjà le déclin (2). — Des passages diffamatoires avaient été relevés dans un compte-rendu publié par le *Bulletin des Communes* ; nous avons vu que l'arrêt Viette avait décidé que, le Bulletin étant un acte de l'Administration, les passages en question ne pouvaient être détachés de la publication officielle pour être appréciés isolément. — Cette théorie tomba rapidement dans le discrédit, n'ayant eu d'autre justification que des considérations d'opportunité politique. M. Duguît la reprend à son compte et tente de la rajeunir.

Dans sa note précitée, le savant doyen, après avoir distingué deux hypothèses différentes de fautes personnelles, d'une part celles qui sont constituées par un acte, un fait distinct de l'acte administratif, et d'autre part,

(1) S. 1918-19. 2. 1.

(2) Nous avons marqué, au chapitre précédent, le changement qu'apportaient ces arrêts à la jurisprudence précédente des arrêts Taxil, Dune (1871), Maria (1872), Anduze (1879) ; ces décisions admettent que les délits de diffamation sont de la compétence de l'autorité judiciaire, encore qu'ils aient été commis dans un acte administratif ; elles constatent seulement que l'action ne tendait pas à faire annuler l'acte incriminé et ne soulevait aucune question préjudicielle.

celles qui sont incluses dans cette opération, s'exprime en ces termes :

« Dans la seconde hypothèse où n'apparaît que l'acte fonctionnel, où il n'est allégué contre le fonctionnaire aucun fait distinct de cet acte où l'on prétend que l'élément de faute est inclus dans l'acte fonctionnel, parce qu'il a un objet non administratif (1), ou que, ayant un objet

(1) Nous nous voyons, sur ce point également, dans l'obligation de nous séparer de l'opinion de l'éminent doyen, lorsqu'il déclare (§ 6 de sa note) que la responsabilité personnelle de l'agent est engagée toutes les fois que l'objet de l'acte est extra-administratif. « L'acte fonctionnel de l'agent administratif contient, dit-il, un élément de faute personnelle quant à l'objet toutes les fois que le fonctionnaire ordonne un acte d'exécution sur la personne ou sur les biens d'un particulier, en dehors des cas où la loi lui a donné compétence à cet effet. » Tel n'est point notre avis, et, sur le terrain particulier des actes juridiques, nous nous déclarons plus « duguiste » que M. Duguit lui-même, puisque nous adoptons sur ce point le seul critérium du but. — Quant aux fautes relatives à l'objet, de deux choses l'une : ou elles constituent une incompétence ordinaire, et, dans ce cas, le particulier lésé dispose du recours pour excès de pouvoir ; nous restons dans la sphère administrative et la responsabilité personnelle de l'auteur de l'acte n'est pas en jeu ; — ou bien l'acte constitue non plus un simple excès de pouvoir, mais, selon l'expression de M. Romieu, un véritable abus d'une illégalité flagrante, et, dans ce cas, il n'a plus le caractère administratif, et son exécution est purement et simplement une voie de fait dont l'auteur est responsable. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire Montlaur contre Balmigère (Confl. 24 décembre 1904) que M. Duguit invoque à tort à l'appui de sa thèse. Un maire avait prescrit d'office la démolition d'un mur qu'un particulier construisait le long d'un ruisseau ; cette décision ne portait le visa d'aucune loi, ne présentait

administratif, il a été déterminé par un but étranger à tout service public, le tribunal judiciaire doit, sur le vu du déclinatoire, se déclarer incompétent, comme il devrait d'ailleurs le faire d'office en tout état de cause, si le déclinatoire n'était pas opposé par le préfet ou l'exception d'incompétence invoquée par le fonctionnaire. En cette seconde hypothèse en effet, il est matériellement impossible que le tribunal judiciaire apprécie s'il y a ou non, inclus dans l'acte fonctionnel, un élément de faute personnelle, sans apprécier l'acte fonctionnel, et cela il ne peut le faire. Sans doute, si l'acte fonctionnel a un objet qui soit du domaine administratif, s'il est déterminé par un but étranger à tout service public, il cesse d'être un acte administratif pour devenir une voie de fait, une usurpation de pouvoirs ; mais le tribunal judiciaire ne peut pas apprécier cela, parce qu'il ne peut jamais apprécier l'acte fonctionnel émané d'un fonctionnaire administratif ; le principe intangible de la séparation des pouvoirs s'y oppose. »

Ce langage ne laisse pas de nous déconcerter de la

aucun rapport avec des opérations de curage projetées ; elle constituait une mesure qui ne rentrait ni dans la police municipale, ni dans la police des eaux : le maire en était donc responsable ; « son initiative constitue un fait purement personnel que l'autorité judiciaire est compétente pour apprécier ». En somme l'excès dans l'incompétence est tel que l'arrêt du maire ne peut être considéré comme un acte administratif ; c'est un acte purement personnel dont la connaissance, l'interprétation et l'appréciation relèvent de la compétence judiciaire. (Voir les conclusions de M. Romieu).

part d'un auteur chez qui les considérations positives et pratiques l'avaient, semble-t-il, toujours emporté sur les solutions impossibles où conduit une logique trop rigoureuse.

La théorie de la faute incluse est tout d'abord à proprement parler une pure affirmation doctrinale. Elle a contre elle toute la tradition jurisprudentielle. La procédure unanimement admise aujourd'hui est la suivante : le particulier qui se croit lésé par la faute personnelle d'un agent, que cette faute soit constituée par un fait distinct ou par une faute incluse, s'adresse directement aux tribunaux judiciaires. Les textes sont d'ailleurs formels à cet égard : l'autorisation préalable aux poursuites a été supprimée par le Décret du 19 septembre 1870. Une fois les tribunaux judiciaires saisis, il appartient à l'Administration, si elle estime que le fonctionnaire n'a commis qu'une faute administrative et qu'il doit être couvert, d'agir en conséquence ; elle dispose du procédé pratique du conflit dont l'extension a eu justement pour but, après la réorganisation de 1872, de mettre obstacle aux poursuites abusives. Mais si l'Administration n'élève pas le conflit, pourquoi les tribunaux judiciaires se dessaisiraient-ils ? (1)

(1) L'hypothèse est en effet presque purement théorique, du cas où l'Administration n'élèverait pas le conflit, alors qu'il y aurait lieu de l'éllever. Elle a en effet en pratique plutôt tendance à l'éllever même à tort, ou tout au moins quand il y a doute. Le tribunal judiciaire se trouve donc très rarement en fait en présence du seul devoir moral de se dessaisir, puisque l'arrêté du conflit l'y invite toujours. Il faudrait

M. Duguit invoque dans ce sens l'impossibilité pour les tribunaux judiciaires de connaître des fautes incluses sous prétexte que, puisqu'incluses, leur appréciation ne saurait se détacher de l'appréciation de l'acte administratif. Il y a là une erreur d'analyse que M. Mestre a fort bien décélé dans une note judicieuse (1) : « La faute personnelle, dit-il, apparaît toujours en effet comme un élément distinct, comme un élément séparable, détachable de la fonction administrative. Il ne s'agit pas seulement d'une séparation, d'une distinction matérielle, comme celle qui peut être signalée dans le fait d'injures proférées à l'occasion de l'exercice des fonctions. Il faut et il suffit que les « faiblesses, les passions, les imprudences de l'homme » apparaissent nettement, puissent être intellectuellement distinguées par le juge pour que le tribunal civil, le constatant, les retienne. Il le pourra toujours — sauf en cas de conflit élevé — sans connaître d'un acte d'Administration, sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, puisque, par définition, les fautes personnelles sont détachables de la fonction. L'idée d'une faute personnelle, non détachable de l'acte administratif, incorporée dans un acte administratif, apparaît comme une contradiction dans les termes. » (2).

imaginer l'hypothèse du préfet qui, par hostilité personnelle, refuserait d'élever le conflit dans une espèce où est en cause un fonctionnaire dont il est l'ennemi.

(1) S. 1918. 1. 209.

(2) Dans une note au D. 1921. 1. 41, M. Appleton prend également

Voyons enfin où nous conduit pratiquement le raisonnement absolu de M. Duguit, et pour cela, adoptons, pour l'hypothèse, sa manière de voir. — Un particulier a saisi les tribunaux judiciaires. Ceux-ci, se trouvant en présence d'une intention évidente de nuire de la part d'un agent, mais contenue dans un acte administratif, vont se déclarer incompétents. Si le particulier tient à être indemnisé, il devra alors saisir la juridiction administrative : deuxième étape de la procédure. Le Conseil d'Etat, juge de droit commun en ces matières, va nécessairement être amené à se reconnaître incompétent, puisque l'acte attaqué contient une faute personnelle évidente. Son action étant ainsi rejetée par les deux ordres, et se trouvant en présence d'un conflit négatif, le particulier opiniâtre s'adressera alors au Tribunal des Conflits, pour lui demander un juge ; troisième étape de la procédure. Et c'est enfin que lorsque le Tribunal

parti, dans le même sens que M. Mestre, contre la théorie de la faute incluse : « Cette thèse qui a contre elle une jurisprudence très ferme, ne nous paraît pas devoir être admise. Il n'y a pas de « faute personnelle incluse dans l'acte administratif » ; il peut y avoir des faits, inclus dans un acte administratif, qui revèlent une faute personnelle intellectuellement distincte de l'acte, la séparation entre l'acte administratif et la faute commise par le fonctionnaire se fait aussi bien dans cette hypothèse que dans la première ; mais au lieu d'être constituée par des faits matériellement distincts de l'acte administratif, la faute, intellectuellement séparable de l'acte, est ici constituée par des faits inclus dans l'acte. Il est donc parfaitement possible, dans ce dernier cas comme dans le premier, de dégager et de réprimer la faute personnelle sans toucher à l'acte administratif. »

des Conflits, ayant étudié l'affaire, aura déclaré qu'il y avait bien faute personnelle, que, dans une quatrième étape de la procédure, le particulier, se retrouvant à son point de départ, portera à nouveau l'affaire devant les tribunaux judiciaires auxquels il s'était adressé tout d'abord. Combien de temps, combien d'argent, combien d'énergie inutile aura-t-il fallu pour arriver à ce résultat ! — Le cas s'est cependant produit. M. Duguît cite lui-même l'exemple de l'abbé Thiney (Confl. 29 janvier 1916). — Mais ce n'est pas un précédent à renouveler (1).

Nous jugerons donc en définitive la théorie de la faute incluse comme un écart de pensée dans l'esprit de M. Duguît, et nous estimerons que les tribunaux de l'ordre judiciaire peuvent se déclarer compétents dans toutes les hypothèses où se manifeste la faute personnelle de l'agent, sauf bien entendu dans le cas où l'Administration aurait cru devoir élever le conflit (2).

(1) Comme le remarque d'ailleurs M. Appleton dans sa note précitée, « le Tribunal des Conflits ne crée pas les compétences ; il les reconnaît. Lorsqu'il juge, sur conflit négatif, que l'autorité judiciaire était compétente, il déclare en réalité qu'elle aurait dû retenir la cause, et que, si elle ne l'a pas fait, c'est par suite d'une fausse application des règles de droit. »

(2) La théorie de la faute incluse a cependant été exprimée dans toute sa rigueur dans un arrêt de la Cour de Cassation du 11 juin 1912 (S. 1912. I. 384). Un électeur s'était présenté devant le bureau électoral, la tête couverte et appuyé sur une canne, alléguant que son état de maladie ne lui permettait ni de se découvrir, ni de marcher sans l'appui de son bâton. Le maire, président du bureau, surbordonna le vote de l'électeur à la condition qu'il se découvrirait et se démunirait

SECTION II

Fautes non délictuelles contenues dans des actes matériels

Nous étudierons dans cette section les espèces où s'est posée la question de la responsabilité personnelle de l'agent, non plus à propos d'un acte juridique, d'une manifestation de volonté, mais d'une simple opération matérielle, notamment d'un simple acte d'exécution du service, dépourvu de caractère juridique.

Pour cette catégorie d'actes, ne se présente plus la dualité de recours, l'un en invalidité et l'autre en responsabilité. L'acte ou plutôt l'*agissement* de l'agent n'ayant pas de caractère juridique, la question de la validité de cet acte ne se pose plus. Dans l'exécution du service public dont il est chargé, et à propos des attributions que la loi de sa fonction lui confère, sinon dans l'exercice même de ses fonctions, le fonctionnaire a causé un dommage déterminé à un administré. La seule question de

rait de sa canne, agissant ainsi certes dans l'exercice de ses fonctions et en vertu des pouvoirs que la loi confère aux présidents des bureaux électoraux, mais avec un esprit évident d'animosité politique. La Cour de Cassation déclare cependant qu'à supposer que le maire ait ainsi commis une faute dont il puisse être personnellement responsable, c'est à l'autorité administrative qu'il appartiendrait d'en reconnaître l'existence, — ce qui revient en somme à contraindre le requérant, s'il veut être indemnisé, à accomplir le singulier périple de procédure dont nous parlons au texte. De tels arrêts portent en eux-mêmes leur condamnation

la responsabilité est en jeu désormais. L'agent va-t-il supporter personnellement le poids du préjudice causé ?

La question devient plus compliquée que dans la section précédente. La jurisprudence, loin de se guider cette fois selon le simple principe du but, offre un aspect redoutable de complexité. Ici la réalité se laissera difficilement inscrire dans des formules simples, aux contours arrêtés.

I

Nous sommes tout d'abord amenés à envisager les rapports de la faute personnelle avec une catégorie toute spéciale d'actes matériels, avec la voie de fait. La voie de fait, notion vague et mal définie du droit administratif, peut s'entendre *lato sensu* de toute atteinte grave aux droits premiers de l'individu et notamment à sa propriété, à sa liberté. M. Hauriou déclare qu'elle peut se produire de deux manières, soit par manque de droit, soit par manque de procédure.

Ce n'est pas ici le lieu de rechercher la nature et les caractères de la voie de fait. Il nous apparaît que c'est une notion essentiellement extensible qui peut aussi bien, envisagée d'un point de vue étroit, ne s'appliquer qu'à un nombre de cas déterminé qu'engleber au contraire une grande partie de l'action administrative et tout ce que l'on peut appeler « agissements » de fonctionnaires, si on la considère dans un sens large. Nous

entendons seulement l'envisager au point de vue de ses rapports avec la faute personnelle (1).

Il faut d'abord remarquer que les deux sphères de la voie de fait et de la faute personnelle n'ont entre elles que des rapports indirects, car ce qui est principalement en jeu dans la voie de fait, ce sont les rapports de responsabilité qui unissent l'Administration aux particuliers lésés. D'autre part, la notion de voie de fait est une notion objective, réalisée quand un certain nombre d'éléments matériels sont réunis, et attribuant dans ce cas compétence aux tribunaux judiciaires. De telle

(1) Il est difficile de se faire une conception précise d'une notion qui, dans l'esprit d'Aucoq, ne doit s'entendre que des atteintes à la propriété; qui, dans l'esprit de Laferrière, s'étend au contraire à toute mesure d'exécution des actes illégaux dont les tribunaux judiciaires connaissent; qui enfin, suivant la conception qui semble se dégager des arrêts du Tribunal des Conflits (22 avril 1910, Piment), peut même aller jusqu'à englober de simples ordres verbaux dont la conséquence n'est qu'un préjudice moral, comme la sonnerie des cloches, et ne saurait en tout cas être considérée comme une entreprise matérielle. — Ce qui constitue à notre sens l'élément essentiel de la voie de fait, c'est la lésion par un acte ou une opération de l'Administration, d'un des droits fondamentaux de l'individu, propriété ou liberté surtout, lésion dont le caractère profondément intime a entraîné l'attribution de la compétence à l'autorité judiciaire; c'est là le fond de la notion de voie de fait. Cette atteinte se traduira le plus souvent par une entreprise matérielle, mais pas nécessairement; la sonnerie de cloches, par exemple, constitue une « injure » assez grave pour qu'il y ait voie de fait et compétence judiciaire. — Mais, deuxième élément, encore faudra-t-il que cette atteinte ait été accomplie sans droit, ou sans formes, et constitue ainsi un abus de pouvoir flagrant, un acte extra-administratif.

sorte que les administrés qui auront subi un dommage ayant sa source dans une opération de l'Administration effectuée soit sans droit soit sans formes, auront la possibilité, le choix de poursuivre la réparation du préjudice, soit à l'encontre de l'Administration, soit à l'encontre de l'agent auteur de la voie de fait. Ainsi la question de responsabilité pourra se poser d'une façon toute différente suivant que sera mis en cause le service ou le fonctionnaire.

Il existe une grande analogie, une grande parenté entre la notion de voie de fait et la notion de délit. Le plus souvent même les faits qualifiés de voie de fait par les juridictions administratives seraient qualifiés délits et punis comme tels par le Code Pénal, s'ils étaient déférés aux tribunaux de répression. Nous avons vu par ailleurs l'importance de ce point de vue de l'engagement de l'action. Sans vouloir généraliser ni prétendre que la théorie de la voie de fait n'est en somme qu'une théorie du délit transposée en droit administratif, il n'en est pas moins vrai qu'en somme, si on entend par voies de fait administratives les atteintes commises par les fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions sur les personnes ou les biens des particuliers, rentrent du point de vue administratif dans la voie de fait presque tous les délits de violence, d'effraction, de bris de clôture, de trouble à la possession, etc... Si donc la question se pose sur le terrain délictuel, nul doute que la faute personnelle ne soit immédiatement reconnue, en vertu de la règle que nous avons dégagée au chapitre précédent.

La jurisprudence nous en donne quelques exemples, notamment l'arrêt *Lacombe* (Conflits, 13 novembre 1875). Le sieur Perrier, maire de la commune de Tur-sac, pratiquant des fouilles dans le cimetière communal, sans avoir rempli les formalités prescrites par les lois de police, exhume les corps déposés dans ledit cimetière, brise les cercueils et mutilé les cadavres. C'était là, constate la sentence du Tribunal des Conflits, un fait constituant le délit de violation de sépulture prévu par l'article 300 du Code Pénal et ne pouvant être considéré que comme des voies de fait qui ne rentrent pas dans les travaux publics auxquels les ouvriers étaient employés. — Voir également Confl. 10 décembre 1898, *Mirandol* (troubles à la possession, enlèvement, outrages et violences commis par une échusier) — Crim. 14 février 1902, *Voisin* (délict de bris de clôture) (1).

Mais en dehors des cas où la faute personnelle est reconnue en vertu du principe que tout délit l'entraîne nécessairement, la jurisprudence décide également que le fonctionnaire est personnellement responsable pour toute voie de fait, pourvu bien entendu que ce soit lui que la victime poursuive.

Bien souvent d'ailleurs les voies de fait dont les fonctionnaires se rendent coupables sont dictées par la passion personnelle, et alors la responsabilité personnelle va de soi comme nous l'allons voir bientôt.

C'est ainsi que l'arrêt *Beaupertuis* (Confl. 2 avril 1881),

(1) D. 1903. 1. 101.

reconnait une faute personnelle dans le fait d'un maire, qui, sans que l'intérêt de la commune soit engagé, fait fracturer la porte d'un bâtiment adhérent à l'église et servant de sacristie, et en fait remplacer la serrure ; — de même (Châteauroux, 13 décembre 1898) (1), faute personnelle, pour intention malveillante, dans le fait d'un maire qui fait enlever une croix érigée par le curé avec la permission de la commune, la fait briser et convertir en bois à brûler. C'est également dans ce sens qu'a été rendu l'arrêt Piment (Confl. 22 avril 1910), dans lequel le Tribunal des Conflits décide que « l'ordre verbal donné par un maire de sonner les cloches pour un enterrement civil ne saurait être envisagé comme un acte administratif fait par le maire dans le cercle de ses attributions, mais constitue une simple *voie de fait* ou *tout au moins un fait personnel* dont les conséquences ne peuvent être appréciées que par l'autorité judiciaire ». — (idem. Confl. 4 juin 1910, Mignon) — Les considérants de cet arrêt marquent bien la largeur et aussi l'indécision de la notion de voie de fait, et font bien ressortir ses relations avec la faute personnelle, notion différente, mais connexe ; si tout fait personnel n'est pas une voie de fait, du moins dans toute voie de fait, il est possible de retrouver la faute personnelle.

Et en effet, la jurisprudence semble bien fixée sur ce point, même dans les espèces où le problème n'est pas posé sous l'angle du délit ni de la malveillance —, pour-

(1) D. 1900. 2. 63.

vu bien entendu que le fonctionnaire ait été personnellement mis en cause.

Au cours d'une séance d'un conseil municipal, le maire, le sieur Isambert, enjoignit à un conseiller de sortir de la salle des séances, et lui interdit de prendre part désormais aux séances de l'assemblée ; ledit conseiller avait manqué sans motifs légitimes à trois séances successives. L'arrêt Dézettrée (Confl. 15 décembre 1883), constate que dans ce cas il n'appartenait qu'au préfet de déclarer le conseiller fautif démissionnaire, que l'acte du maire ne saurait par conséquent rentrer dans l'exercice de ses attributions de président de l'assemblée municipale, ayant à ce titre la police de la salle et constituerait par conséquent une faute personnelle (1).

(1) Nous avons rangé l'arrêt Dezettrée, parmi les arrêts de voie de fait, parce qu'il y a, dans l'ordre du maire donné sans pouvoir, une violation flagrante du droit essentiel d'un conseiller municipal à assister aux délibérations de l'assemblée tant qu'il n'a pas été déclaré démissionnaire dans les formes. Qu'il n'y ait pas eu en l'espèce atteinte matérielle, qu'importe. L'ordre de sortir, émanant d'un fonctionnaire ayant le droit de police dans la salle, contient une idée de contrainte à quoi le conseiller municipal n'a pas cru devoir résister. Il a exécuté l'ordre lui-même, et son droit d'assister aux délibérations a été aussi bien violé que s'il avait attendu pour sortir l'invitation d'un agent d'exécution. En l'espèce, le Tribunal des Conflits aurait pu reprendre la formule de l'arrêt Piment : l'ordre du maire constitue une voie de fait ou tout au moins un fait personnel. — La fréquence de l'atteinte matérielle dans le cas de voie de fait peut laisser peut-être

—Est déclarée faute personnelle (Confl. 29 juillet 76, Lecoq), la faute d'un agent voyer qui, en exécution d'un arrêté préfectoral, avait ordonné des mesures abusives, d'abord parce que l'arrêté ayant été suffisamment exécuté, il n'y avait pas lieu à exécution d'office ; ensuite parce que ces mesures étaient en elles-mêmes inutiles et vexatoires.

Confl. 18 mars 82, Daniel : un maire s'introduit dans un presbytère avec des ouvriers, malgré l'opposition du desservant, puis fait faire des excavations et arracher des arbres pour établir une canalisation souterraine : voie de fait par manque de procédure : fait personnel.

Confl. 7 juillet 83, Pougault et 13 mars 86, Mathieu : faute personnelle des maires qui font procéder à l'élagage des haies et arbres appartenant à autrui, en violation du règlement général sur les chemins vicinaux, — dans le même sens, Cass. Civ. 5 août 1901 (1).

Confl. 19 mars 1904, Maudière. Par un arrêté de 1901, un maire mettait le propriétaire d'un immeuble en demeure de prendre les mesures nécessaires pour parer aux dangers que présentait pour la sécurité publique la situation de son immeuble. Le propriétaire n'ayant pas exécuté les prescriptions de l'arrêté, il fut procédé d'office à la démolition de l'immeuble. Le tribunal civil et le Conseil de Préfecture ayant été successivement

subsister un léger doute sur la question de savoir s'il y a ici voie de fait ou non, mais, à notre avis il y a bien voie de fait.

(1) D. 1901. 1. 505.

saisis d'une demande d'indemnité dirigée contre le maire, sur conflit négatif, le Tribunal des Conflits décidait que la démolition de la maison qui d'après la loi du 24 juin 1908 ne pouvait être ordonnée que par le Conseil de Préfecture, engageait la responsabilité personnelle du maire, d'où compétence judiciaire. — dans le même sens, Confl. 24 décembre 1904, Montlaur, conclusions Romieu.

Ainsi donc, pour cette catégorie d'actes matériels particulièrement graves, la voie de fait, la jurisprudence décide toujours, quand la question lui est posée, dans le sens de la faute personnelle. Les arrêts discordants sont extrêmement rares ou s'expliquent comme le déconcertant arrêt Bailly (Confl. 17 nov. 1917), par des raisons d'opportunité (1).

(1) « Considérant que les faits reprochés aux sieurs Carques et Servageant, en leur qualité respective de président de la Commission de ravitaillement et de maire, consistent à avoir, en août 1914 et en janvier 1916, fait conduire par les métayers du sieur Bailly à la commission de réception des réquisitions un nombre de têtes de bétail, choisies par eux, différent de celui porté sur l'ordre de réquisition ou portant sur des animaux exemptés par la loi ; et à avoir, en mai 1916, pénétré par effraction dans un grenier du sieur Bailly pour y prendre treize sacs de blé et les livrer au ravitaillement ; que les sieurs Carques et Servageant auraient ainsi violé tant les dispositions de la loi du 3 juillet 1877, en ce qui concerne l'objet même de la réquisition, que celles du règlement d'Administration publique du 3 août 1877, en ce qui concerne les formes prescrites pour procéder, quand il y a lieu, à l'exécution d'office ; — mais considérant que les faits, tels qu'ils sont articulés, ne sauraient être envisagés comme des fautes personnelles,

II

Mais en dehors de cas de voie de fait, un principe se dégage d'abord de la jurisprudence et d'une façon très nette : c'est que, de même que pour les actes juridiques, tous les actes d'exécution accomplis dans un but d'intérêt personnel, d'assouvissement de passions privées, engagent la responsabilité propre du fonctionnaire. A ce principe nous ne croyons pas que la jurisprudence offre une seule exception.

Le Tribunal des Conflits tranchait le 20 janvier 1900, l'affaire suivante :

Le sieur Uhel s'étant rendu à la mairie de la commune de Plounerin pour y consulter le plan cadastral de la commune, ce document fut mis immédiatement à sa disposition par le secrétaire de mairie. Survint le maire, le sieur Le Visage, qui, se précipitant sur son administré, lui arracha des mains avec violence, le plan cadastral. Dans l'action qu'intenta le sieur Uhel, pour préjudice à lui causé par le geste de violence du maire, celui-ci

se détachant de la fonction. » Ainsi conçu, cet arrêt Bailly semble avoir été pris à l'encontre de tous les principes de la jurisprudence ; seule, la considération des nécessités de la Défense Nationale peut, dans une certaine mesure, le justifier. Nous ne pensons pas — des décisions de ce genre ne s'étant pas reproduites — qu'il faille voir dans l'arrêt Bailly le symptôme d'un changement radical de la jurisprudence. /

soutint qu'ayant interdit au secrétaire de communiquer les documents sans autorisation préalable, il n'avait fait en somme, en les retirant brusquement des mains du sieur Uhel, que prendre une mesure rentrant dans ses attributions, puisqu'il était, en tant que maire, chargé de la conservation des archives communales. — Le conflit ayant été élevé, la juridiction suprême déclara que l'intervention du maire, n'avait en rien, envisagée en elle-même, le caractère administratif et que par conséquent, en l'absence d'une question préjudicielle et de la nécessité d'une interprétation préalable d'un acte administratif, les tribunaux judiciaires étaient compétents.

Un maire, le sieur Crouzet, ordonne aux agents de la police urbaine de ne jamais avoir recours à l'intervention du sieur Vauriot, médecin, bien que celui-ci fut régulièrement inscrit sur la liste des médecins chargés d'assurer le service de nuit. Cet ordre du maire, loin d'avoir pour but la bonne gestion du service public confié à sa vigilance, ne visait au fond, pour raison d'inimitié personnelle, qu'à priver le sieur Vauriot du bénéfice de son inscription sur la liste en question. Le dessein était manifeste : le fait d'ailleurs que le maire avait pris la précaution de prescrire que ledit ordre demeurerait confidentiel témoigne qu'il ne se méprenait point sur la portée de l'illégalité qu'il commettait. Sur action du sieur Vauriot, conflit élevé et jugement du 7 décembre 1907. Cet arrêt, formel, constatant que le maire avait agi dans un but d'ordre privé, au mépris d'un arrêté dont il était en tant que maire tenu d'assurer la stricte

exécution, décide qu'il y avait là une faute personnelle se détachant de l'exercice des fonctions.

La jurisprudence est parfaitement fixée dans ce sens et n'a jamais varié. En 1884 (4 août, Berger), elle voyait une faute personnelle dans le fait d'un agent voyer interdisant à un entrepreneur pour qui il manifestait de l'hostilité, l'entrée du cimetière sous prétexte que ledit entrepreneur y avait commis des malfaçons et n'observait pas ses prescriptions sur l'alignement et le nivellement. De même en 1909 (11 décembre, Gérard), elle voyait un cas de responsabilité de droit commun dans le fait pour un maire d'avoir fait afficher, à la veille des élections municipales, à l'une des fenêtres de la mairie, un télégramme du sous-préfet d'Avranches portant que le sieur Gérard avait été condamné à huit mois de prison et ne pouvait voter. Les tribunaux judiciaires sont également fixés dans ce sens : Cass. 4 août 80 (1) : faute personnelle d'un maire qui, sans nécessité d'assurer l'ordre public ou la sécurité des habitants, interdit l'entrée par la porte du cimetière d'un corps devant être inhumé civilement. — Rethel, 30 janvier 1908 (2) : faute personnelle le fait par un maire de refuser de faire à un journal les communications qu'il fait au reste de la presse.

(1) D. 1881. 1. 455.

(2) D. 1908. 5. 29.

III

Les décisions de la jurisprudence paraissent donc très claires en ce qui concerne les actes matériels, d'une part quand on se trouve en présence de voies de fait caractérisées, d'autre part quand on se trouve en présence d'actes accomplis sous l'impulsion de la passion privée, de l'intention mauvaise, de la « mauvaiseté » selon la vieille expression. Jusqu'ici nous n'avons eu que des principes clairs à énoncer : aucune difficulté, aucun doute.

La question va complètement changer de face désormais, en présence des actes matériels accomplis sans intention mauvaise et ne constituant pas des voies de fait caractérisées ni, à plus forte raison, des délits.

Ici la jurisprudence paraît plus hésitante, plus flottante, les principes qui la guident peu affermis ; il semble même juste de dire qu'elle paraît n'en avoir pas, et trancher chaque espèce en équité.

Dans l'innombrable et disparate amas des arrêts relatifs à notre sujet, depuis 1873, nous avons cherché au milieu de la multiplicité et de la complexité des cas d'espèce, sinon les principes qui ont fait se décider les tribunaux dans un sens ou dans l'autre, du moins les tendances profondes qui agissaient sur eux. Nous ne nous flattons pas d'être parvenus à tracer des lignes d'ensemble constituant des cadres dans lesquels se clas-

serait *de plano* toute la jurisprudence. La question est complexe et d'autre part elle évolue. La subtilité du problème qui se pose est d'ailleurs telle que parfois à peu de temps d'intervalle, suivant les circonstances à peine différentes qui entourent un même fait, les juges vont jusqu'à trancher de façon contradictoire des espèces analogues.

Il faut d'abord remarquer qu'en cette matière, où sont écartés tous les cas de délit et voie de fait et d'autre part les cas d'intention dolosive, la question qui se pose est celle de la gravité de la faute. Nous pensons en effet que, pour la catégorie des actes matériels, le degré de gravité de la faute va enfin jouer un rôle, et c'est la grande raison qui nous a amenés à distinguer ces actes des actes juridiques. Du degré de gravité de la faute, M. Hauriou avait fait primitivement le critérium qui lui servait à distinguer le fait personnel du fait de service (1) : nous avons vu comment ensuite devant l'arrêt Zimmermann, l'éminent doyen avait paru abandonner sa théorie. (S.05. 3. 17). Nous ne suivons pas sur ce point l'opinion de M. Hauriou, pas plus lorsqu'il généralisait la portée de l'influence du degré de gravité de la faute, que lorsque maintenant il semble lui denier toute influence. C'est ainsi que nous avons distingué

(1) Note au S. 1895. 3. 65. « La théorie aboutit à une distinction entre la faute légère dite administrative, qui ne dénature pas l'acte, et la faute lourde qui le dénature. Toute cela est aujourd'hui inébranlablement assis. L'intérêt de chaque affaire est désormais dans l'appréciation des fautes. Y a-t-il faute légère ou faute lourde ? »

les actes juridiques où (arrêt Zimmermann) la faute lourde n'entraîne pas la responsabilité personnelle : il y a là à la base des raisons d'opportunité, et les actes matériels où il faut tenir compte de certaines fautes lourdes.

Un examen de la jurisprudence fait en effet constater que, pour les actes matériels, les deux ordres de juridiction décident que les fonctionnaires seront personnellement responsables de certains de leurs actes.

Mais dans quels cas ?

D'une façon générale, toutes les fois que la jurisprudence décide qu'il y a faute personnelle, c'est que nous nous trouvons en présence d'une faute lourde, — et d'autre part à mesure que nous approchons de l'époque contemporaine, cette faute lourde s'aggrave, se précise, se caractérise. On peut dire que de nos jours, le Tribunal des Conflits et le Conseil d'Etat ne reconnaissent la faute personnelle du fonctionnaire que dans les cas de fautes qui, sans être des délits ou des voies de fait, constituent cependant des fautes lourdes dont les conséquences sont analogues en gravité à celles des délits et des voies de fait.

Il y a à ce point de vue une tendance très nette de la jurisprudence à restreindre dans une large mesure les cas dans lesquels le fonctionnaire doit personnellement porter la charge de ses fautes.

Primitivement, nous trouvons même certains arrêts où pour des fautes que nous qualifierons de légères

(c'est notamment le cas de l'arrêt Godard (confl. 7 juin 1873), où des agents des P. T. T. avaient à répondre du défaut de remise à son destinataire d'une dépêche (télégraphique), des fonctionnaires ont été poursuivis, et sur décision du Tribunal des Conflits, abandonnés à la juridiction de droit commun.

Il semble que très rapidement la jurisprudence se soit départie de cette ligne de conduite, pour décider que la faute ne serait personnelle que lorsqu'elle sortirait vraiment des traditions de l'Administration : c'est par exemple le cas de l'arrêt Rimbaud (Confl. 10 juillet 1874), où est rendu personnellement responsable un facteur qui, chargé de remettre une lettre au domicile et à la personne indiquée sur la suscription de la lettre, commet la faute de la confier à un autre facteur pour la remettre à un autre domicile et à un autre destinataire ; c'est aussi le cas de l'arrêt Lalanne (Confl. 1^{er} août 85), où une employée des postes affectée au service des télégrammes, à qui on avait confié le message suivant : « Inutile revenir Luxeuil », l'avait transmis ainsi étourdiement écourté : « Revenir Luxeuil », — « fait qui, s'il était prouvé, constituerait une faute ou une négligence à elle imputable ». Voir également, Confl. 24 nov. 96, Saffroy.

Cependant de bonne heure la jurisprudence était entrée dans la voie de ne décider faute personnelle que dans des espèces de plus en plus graves, et constituant, comme nous le disions plus haut, des faits qui sans être

des délits ou des voies de fait, leur ressemblaient étrangement.

1) C'est d'abord l'arrêt Pradines (Confl. 31 juillet 1875). Le pont de Wagnonlieu s'étant effondré, occasionnant la mort et les blessures de plusieurs ouvriers, cette chute fut attribuée exclusivement à des vices de construction. Par suite non seulement l'entrepreneur, mais aussi les sieurs Mancel, ingénieur, Martin, conducteur et Talon, surveillant, virent, sur conflit, des poursuites permises contre eux pour avoir manqué au devoir de surveillance qui leur était imposé par leurs fonctions.

2) Arrêt Réquilé. Confl. 13 décembre 79. Le commandant directeur d'une manufacture de l'Etat, et chargé de la police intérieure, ordonne au sieur Grignoux de jeter dans les cours et rues intérieures de la manufacture une substance vénéneuse contre les chiens errants. Le sieur Grignoux ayant aperçu le chien du sieur Réquilé, l'attira et lui jeta directement le poison qui occasionna sa mort : faute personnelle.

3) Arrêt Boubier. Confl. 19 avril 1881 : un sous-préfet, chargé de présider les opérations d'un conseil de revision, néglige de s'assurer si le nombre des numéros déposés dans l'urne était égal à celui des jeunes gens appelés à concourir. C'était là une faute, qui, commise malgré l'expresse recommandation de la loi du 15 juillet 1872, devait avoir des conséquences extrêmement préjudiciables.

4) Arrêt Mourot. Confl. 8 août 1891 : également fait personnel le défaut de surveillance imputé à l'inspecteur

général d'un service de manutention, qui aurait eu pour conséquence l'accident survenu à un chauffeur sur une machine employée par l'Administration..

5) Arrêt Mascaras. Confl. 15 mars 1902. Le sieur Mascaras poursuivait dans cette affaire les docteurs Sené et Chiché, médecins agents du service sanitaire maritime pour avoir causé le décès de la dame Bobin, sa fille, qu'il firent, par suite d'un diagnostic erroné rendu à la légère, débarquer et isoler comme atteinte de la fièvre jaune. Cette femme qui se trouvait dans un état de grossesse avancé, fut abandonnée sans soins, puis inhumée sans qu'on se fut assuré de son décès alors que l'accouchement était imminent. On ne peut qualifier la négligence des soi-disants médecins. Le Tribunal des Conflits, dans ses considérants, déclare qu'il y avait là des fautes lourdes dont la portée excéderait l'exercice normal des fonctions de police sanitaire. Il reprenait ainsi l'usage d'un critérium qu'il est peut-être bon d'employer subsidiairement pour déterminer la faute personnelle.

6) Arrêt Gérôme. Confl. 9 mai 1908 : faute personnelle d'un receveur qui accuse formellement son employé de détournements sans avoir contre lui la moindre preuve de culpabilité.

7) Arrêt Girodet contre Morizot, Confl. 2 juin 1908 : faute personnelle de la part d'un instituteur qui tient à ses jeunes élèves des propos obscènes ; il y a là une faute morale analogue en gravité à l'attentat à la pudeur. — id. Confl. 9 mai 1914, Fabas et Aurignac.

8) Arrêt Antonetti. Confl. 11 déc. 1909 : faute person-

nelle d'un fonctionnaire qui refuse une fourniture après avoir fait disparaître l'échantillon accepté ; il y avait dans cet acte un caractère frauduleux évident.

9) Arrêt Coutareau. Confl. 16 juillet 1911 : faute personnelle d'un préfet qui « avec une légèreté coupable et par suite d'une erreur grossière » porte plainte pour vol contre un employé, d'où perquisition et préjudice.

10) Cassation. 8 février ou mars 1922. Fontenas, faute personnelle d'un médecin militaire qui refusa d'examiner un soldat, malgré la fièvre violente dont il se plaignait, et le fit jeter en prison où il mourut quelques heures après.

On s'aperçoit après avoir passé en revue cette jurisprudence que de plus en plus ne sont considérées comme fautes personnelles que des fautes lourdes analogues à des voies de fait ou à des délits. Cette proposition doit cependant être prise comme énonçant plutôt une tendance qu'un principe absolu. Nous sommes ici avant tout dans une matière de cas d'espèce.

D'autre part il nous semble juste de tempérer dans une certaine mesure ou plutôt de préciser par l'adjonction d'une caractéristique subsidiaire, ce qui pourrait paraître un peu trop absolu ou trop large dans la tendance indiquée. Un exemple fera comprendre notre pensée. Nous venons de voir dans l'arrêt Coutareau un sous-préfet rendu responsable du préjudice résultant d'une plainte déposée contre un employé, avec une légèreté coupable et par suite d'une erreur grossière. — Dans un arrêt du 6 août 1886, Coley, le Tribunal des Conflits,

jugeait l'affaire suivante : à la suite d'un accident survenu au cours de la construction d'un pont, un chef d'atelier soupçonné d'avoir soustrait frauduleusement des pièces métalliques refusées par le service de contrôle, subit une détention préventive de dix jours et fut relaxé sur une ordonnance de non-lieu. Il soutint que son arrestation avait eu pour cause la conduite de l'ingénieur des Ponts et Chaussées, chef du contrôle qui n'aurait pas procédé d'une manière rationnelle à la vérification de pièces arguées de fraude, et qui aurait en outre fait des démarches pressantes auprès du parquet pour le faire arrêter. Nous nous trouvons donc ici en présence d'une affaire analogue à l'affaire Coutareau, et cependant qui fut tranchée dans un sens différent : « cons. qu'en procédant aux vérifications que lui avaient prescrites ses chefs hiérarchiques, Tresca faisait un acte de ses fonctions et que la manière dont il l'a accompli échappe au contrôle de l'autorité judiciaire ; que son rapport au parquet ne suffit pas pour établir l'existence d'une faute personnelle se détachant nettement des fonctions qu'il avait à remplir ». Nous n'avons pas la prétention de constater une harmonie parfaite dans tous les arrêts rendus depuis 50 ans, d'autant que les idées ont fort évolué ; ces deux-ci semblent cependant significatifs. Abstraction faite de l'influence de l'ordre hiérarchique que nous étudierons au chapitre suivant, nous avons d'une part faute personnelle d'un fonctionnaire impulsif qui porte plainte avec une légèreté coupable, d'autre part faute non personnelle d'un fonctionnaire

qui, chargé d'enquêter sur la culpabilité d'un subordonné s'en acquitte avec plus ou moins de méthode et aboutit à des conclusions mal fondées ; la faute dans ce dernier cas ne se détachait pas *nettement* des fonctions ; ce mot « nettement » révèle et souligne la prudence et la tendance du Tribunal des Conflits.

Il nous semble donc pour préciser autant que possible notre pensée sur ce point que la faute personnelle n'est reconnue que dans des cas où la gravité et la nature du préjudice font songer au délit ou à la voie de fait ; mais que le plus souvent le Tribunal des Conflits exige un caractère subsidiaire comme le fait d'avoir agi avec une légèreté coupable, une négligence grossière ou d'être complètement sorti des traditions du service. Il nous semble en un mot que la tendance du Tribunal des Conflits consiste à ne charger personnellement le fonctionnaire que dans les cas de *faute lourde et particulièrement grave* (1).

(1) La tendance restrictive du Tribunal des Conflits est telle, que, dans de nombreuses décisions, l'expression de faute personnelle est employée dans le sens étroit de faute commise avec intention mauvaise. L'influence du critérium des « passions et imprudences humaines » de Laferrière est du reste toujours sensible, dans la majeure partie des arrêts, où il semble qu'un élément extra-administratif, humain, un élément qui rentrerait dans les rapports de responsabilité de droit commun, soit exigé pour qu'il y ait faute personnelle. L'erreur strictement professionnelle, pourvu qu'elle ne soit pas entachée de négligence flagrante, n'emporte pas responsabilité de l'agent, même si les conséquences en peuvent être graves : ainsi dans l'arrêt Bausillon, Confl. 22 avril 1910, une jeune fille, chimiste dans un laboratoire municipal

Mais encore une fois il n'y a, en la matière que cas d'es-pèce et tendance, et non principe absolu.

de répression des fraudes, ayant conclu qu'un certain chocolat était additionné de 10 % de matières grasses étrangères, une instruction fut ouverte contre l'industriel, puis close, sur ordonnance de non lieu, après expertise contradictoire. Il n'y a pas là faute personnelle, dit l'arrêt; le service de répression des fraudes est un service public ; les chimistes sont exclusivement les agents de l'Administration et ne sont en rapport qu'avec elle, etc.

CHAPITRE III

Influence de l'ordre hiérarchique

Nous avons examiné (1) dans les précédents chapitres différentes hypothèses dans lesquelles pouvait se poser la question de la responsabilité de l'agent, soit en matière délictuelle, soit en matière quasi délictuelle. Nous nous sommes efforcés de délimiter aussi strictement que possible le domaine de cette responsabilité, et nous avons vu qu'en fin de compte, une tendance se manifestait dans la jurisprudence à dégager le plus souvent possible le fonctionnaire de sa responsabilité, sauf dans les cas de délit, d'intention mauvaise, et de faute lourde et grave pour les actes matériels. Mais, ce faisant, nous avons uniquement considéré l'agent agissant de sa propre initiative ; la question que nous nous posons dans ce dernier chapitre est celle de savoir si l'ordre que

(1) Pour la question de l'ordre hiérarchique, consulter : Joseph-Barthélémy, *Revue de Droit public*, 1914 ; — Boulen, thèse, Rennes 1902 ; — Max Gibert, *La Discipline de la fonction publique*, thèse, Paris 1912 ; — Grelat, *Essai d'une théorie juridique de l'instruction de service*, thèse, Nancy 1908 ; — Mandrette ; *Les instructions des supérieurs hiérarchiques*, thèse, Paris 1908 ; — Nézard, *Théorie de la fonction publique*, thèse, Paris 1901.

reçoit l'agent de son supérieur hiérarchique ne va pas dans une certaine mesure influencer sur sa responsabilité, au point de l'atténuer ou de la supprimer.

Nous étudierons cette question d'abord au point de vue pénal, ensuite au point de vue civil.

I

Responsabilité pénale.

Abstraction faite des nombreux cas où l'ordre de la loi justifie les actes des fonctionnaires civils, soit qu'ils en prennent l'initiative, soit qu'ils les exécutent sur le commandement de leurs supérieurs, par exemple, l'homicide légal accompli par le bourreau, les arrestations, perquisitions et saisies opérées par le juge d'instruction, etc, il est des cas où le Code Pénal, prévoyant l'ordre hiérarchique, lui, accorde une certaine influence.

C'est tout d'abord dans les trois hypothèses particulières prévues par les articles 114, 184 et 190 visant respectivement les crimes d'attentat à la liberté, d'abus d'autorité contre les particuliers et abus d'autorité contre la chose publique ; — dans ces trois cas, il est dit que le fonctionnaire sera exempté de la peine, laquelle sera appliquée aux supérieurs de qui émanera l'ordre. L'ordre hiérarchique est alors considéré comme une simple excuse absolutoire, c'est-à-dire que la peine seule est supprimée ; mais le fonctionnaire demeure responsable et peut, en tant que

tel, être condamné à la réparation pécuniaire ; il paie en tout cas les frais de procédure ; — d'autre part l'excuse prévue par les articles 114, 184 et 190 est relative à des hypothèses déterminées et ne saurait être étendue par voie d'analogie ; toute excuse en droit pénal est de droit strict.

Cependant l'article 64 s'exprime ainsi : « Il n'y a ni crime ni délit, ... lorsqu'il (le prévenu) a été contraint par une force à laquelle il n'a pas pu résister ». Il n'est pas douteux que cet article doive s'appliquer au cas où l'ordre hiérarchique opère une telle pression sur l'esprit de l'agent subalterne que celui-ci ne peut se dérober à son influence. C'est le cas notamment des militaires qui, la discipline faisant la force principale des armées, doivent obéissance *perinde ac cadaver*. Mais même pour les fonctionnaires civils, il est possible de concevoir une injonction telle qu'elle constitue une contrainte morale absolue ; c'est par exemple le cas d'un inférieur menacé. Le plus souvent d'ailleurs il ne sera même pas nécessaire (1) de faire appel à l'idée de contrainte ; il suffira, du moins pour les infractions intentionnelles, de constater que l'agent a agi de bonne foi, que, recevant un ordre qu'il présume légal, il l'a exécuté avec l'intime conviction qu'il ne commet aucun délit. Ces deux ordres d'idées, contrainte et bonne foi, s'excluent d'ailleurs l'un l'autre, et il y aurait contradiction dans

(1) Garçon. Code Pénal, article 64, n° 159. — Jarroud, Traité, I. 312.

un arrêt qui, comme celui de Cass. 29 février 1875, admettrait à la fois le défaut d'intention et la contrainte. Il faut enfin remarquer que, dans ces deux cas, le fonctionnaire n'est plus responsable : l'ordre donné n'est pas considéré comme excuse absolutoire, mais comme fait justificatif qui fait rejaillir la responsabilité sur la tête du supérieur — voir Bourges, 30 décembre 1870 (1).

La jurisprudence est très peu fournie en la matière. Un arrêt est cependant bien connu, c'est l'arrêt Vincent dans lequel il a été jugé par le Tribunal des Conflits, le 29 juillet 1890, qu'un préfet qui, sur l'ordre du ministre de l'Intérieur, avait fait lacérer des affiches électorales, était personnellement responsable de son acte ; cette lacération était un délit prévu par une loi spéciale considérant comme circonstance aggravante le fait que le délit a été accompli par un fonctionnaire ; l'arrêt déclare que ledit délit, même accompli sur les ordres d'un ministre, ne saurait revêtir le caractère d'un acte administratif. On en a un peu hâtivement conclu en général que, au point de vue pénal, l'ordre hiérarchique était de nulle influence (2). Il est cependant bien évident

(1) D. 71. 2. 226.

(2) Tel était l'avis exprimé par la Cour d'Angers par un arrêt du 17 novembre 1871 (D. 1873, 1. 288) : « on ne saurait prétendre que l'ordre de commettre un crime ou un délit soit compris dans les choses pour lesquelles l'obéissance hiérarchique est commandée ; en droit comme en morale, un préfet ne doit pas obéissance à l'ordre de violer la loi pénale ; si, en exécution d'un pareil ordre, un crime ou un délit était commis, l'auteur n'en serait pas excusable, mais à sa responsabilité

que l'arrêt n'entendait trancher qu'une question de compétence.

Donc, en ce qui concerne la responsabilité pénale, l'ordre hiérarchique constitue une excuse absolutoire dans les cas des articles 114, 184 et 190, et un fait justificatif au cas de bonne foi ou de contrainte ; en dehors de ces hypothèses, s'applique strictement le principe rigoureux posé dans notre chapitre 1er, d'après lequel tout fonctionnaire qui commet un délit en est personnellement responsable (1).

II

Responsabilité civile.

En ce qui concerne la responsabilité civile, il est impossible de tirer le moindre raisonnement d'analogie du point de vue pénal. Ce sont deux ordres d'idées complètement distincts. Les hypothèses prévues par le Code Pénal, où l'ordre hiérarchique constitue une excuse

comme auteur principal, il faudrait ajouter la responsabilité comme complice du supérieur qui l'aurait ordonné. »

(1) Dans ce sens, Cass. 20 février 1896, Loumagne : « Attendu qu'il importe peu que Daure ait obéi ou cru obéir aux instructions de l'autorité supérieure ; que ces circonstances qui peuvent, le cas échéant, exclure l'intention délictueuse, ne sauraient donner au fait incriminé le caractère d'un acte administratif accompli par un maire dans l'exercice de ses fonctions. » Voir aussi Garraud, *Traité de Droit Pénal*, tome III, 99.

absolutoire, sont de droit étroit ; il y aurait en outre ici inapplicabilité absolue des règles du droit pénal ; le plus souvent en effet, l'ordre hiérarchique supprime la peine, mais laisse subsister la responsabilité. Ici au contraire, il n'y a point de demi-mesure et la question, qui se pose est celle de savoir si l'ordre va faire disparaître ou non cette responsabilité. Il semble d'ailleurs que les hypothèses ne puissent être pratiquement analogues, le fonctionnaire paraissant *a priori* toujours moins excusable d'avoir commis, sur ordre, un délit qu'un simple quasi-délit.

Aussi, d'une manière générale, peut-on dire que le fonctionnaire qui agit, couvert par l'ordre ou les instructions de ses supérieurs, est entre les mains de ceux-ci un simple instrument sur qui on ne peut faire peser la moindre charge. C'était du reste le principe admis sous le régime de rigoureuse centralisation, qui existait avant 1870. A l'abri de l'ordre hiérarchique, l'irresponsabilité du fonctionnaire était absolue. M. Joseph-Barthélémy dans son bel article de la *Revue de Droit Public* 1914, en cite plusieurs exemples frappants.

Depuis 1870, quoique des idées nouvelles se soient infiltrées dans l'Administration, au point de donner au vieil édifice impérial un aspect de renaissance, quoique les fonctionnaires prétendent désormais ne plus être de simples instruments entre les mains de leurs chefs et que les mots si souvent prononcés maintenant de garanties, de statut, de syndicat même, tendent à leur permettre de développer, au sein de l'organisme rigide

de l'Administration, leur pleine personnalité, il ne semble pas que, sauf dans ces cas bien rares, la jurisprudence se soit grandement départie du principe d'irresponsabilité qu'elle appliqua durant tout le XIX^e siècle, au cas de l'ordre hiérarchique. Nous avons vu dans les précédents chapitres que sa préoccupation était de restreindre juridiquement la sphère où peut entrer en jeu la responsabilité du fonctionnaire ; il n'y a pas de raison, puisque ce sont là ses tendances libérales, qu'elle s'écarte d'un principe qui tend justement à exonérer les agents de l'Administration de la responsabilité de toute une catégorie de leurs actes (1). Pratiquement en effet, quelles que soient la personnalité et la liberté d'esprit de l'agent, une présomption de légitimité s'attachera toujours pour lui aux ordres de ses chefs, que le plus souvent d'ailleurs il ne soumettra pas à un examen critique. Il y a d'autre part un intérêt primordial pour l'Administration à ce que les ordres, à l'intérieur des

(1) D'autant plus que la question de l'influence de l'ordre hiérarchique se posera le plus souvent pour les actes des agents subalternes, beaucoup plus que pour ceux des agents que sont investis de par la loi d'un pouvoir propre et qui agissent dans l'exercice de ce pouvoir, tels que les préfets et les maires. C'est pour cette raison qu'au chapitre précédent, nous n'avons pas cru pouvoir détacher de l'étude des actes juridiques l'étude de leurs conséquences, l'exécution par un simple agent subalterne (cantonnier ou sonneur) faisant corps avec l'ordre donné par le fonctionnaire supérieur investi d'un pouvoir de décision comme le maire. Celui-ci, au point de vue de l'appréciation éventuelle de la faute personnelle, est responsable de l'ensemble de l'opération.

services, soient aussi peu discutés que possible (1). Nous ne pensons donc pas, comme M. Joseph Barthélémy, que des idées nouvelles doivent venir renforcer la responsabilité de l'agent, en accordant plus de place à sa personnalité. L'évolution est certes dans le sens de la liberté. Mais seulement, nous semble-t-il, au point de vue du statut et des garanties personnelles ; une autre évolution, que nous étudierons tantôt, tend par contre à élargir la responsabilité de l'Etat au point de restreindre aux cas de fautes lourdes et graves celle des fonctionnaires.

Quelle est donc dans la jurisprudence l'influence de l'ordre hiérarchique ? Nous venons de voir à travers le courant de l'évolution des idées qu'on est logiquement amené à conclure à une influence profonde ; mais en fait que se passe-t-il ? Nous allons examiner successivement plusieurs hypothèses.

Il est bien évident tout d'abord que quelle que soit la portée de l'ordre hiérarchique, si, dans l'exécution qu'il en accomplit, l'agent dépasse cet ordre, c'est comme si l'ordre n'existait pas et que l'agent ait agi de son propre mouvement. Si la faute qu'il commet alors est une faute lourde au sens où nous l'avons entendu tout

(1) Voir conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Bédarides, sous Confl. 29 juillet 1876, Lecoq : « S'il n'en était pas ainsi, ils discuteraient les ordres qui leur sont donnés, examineraient le degré de responsabilité qui peut leur incomber, se feraient en un mot les juges de leurs supérieurs, auxquels ils pourraient désobéir avec quelque apparence de raison. L'Administration ne serait pas possible dans de semblables conditions. »

à l'heure, — et dans ce cas de dépassement d'ordre il y a des chances qu'elle le soit, — elle est faute personnelle et entraîne de toute évidence, malgré l'ordre hiérarchique, la responsabilité de son auteur. C'est le cas de l'arrêt Réquillé (Confl. 13 décembre 1879) : un agent d'une poudrerie, ayant reçu du directeur l'ordre de jeter dans les cours et rues intérieures un poison contre les chiens errants, au lieu de se contenter d'exécuter cet ordre, ayant aperçu un chien, l'attira et lui jeta directement la substance vénéneuse. — De même, arrêt Mohammed ben Belkassem (Confl. 11 juillet 1891) : un caïd, ayant reçu l'ordre d'aller recouvrer l'impôt, se livre à toutes sortes d'exactions, dévastation de cultures, démolition de gourbis, etc. : faute personnelle, cf. également (Conflits 24 décembre 1894, Saffroy) (1).

(1) Cependant, en admettant même que le fait incriminé de l'agent présente un certain caractère de faute personnelle, s'il y a ordre hiérarchique, la jurisprudence ne reconnaît pas aux tribunaux judiciaires le droit de juger si l'agent a ou non dépassé l'ordre. La détermination du sens et de la portée des ordres donnés par un fonctionnaire administratif à son subordonné, rentre dans l'appréciation des actes administratifs qui relève, comme question préjudicielle, des tribunaux administratifs. En ce sens : Conflits 29 juillet 76, Lecoq — 15 décembre 77, Figarède — 15 novembre 79, Picard — 23 novembre 78, de Parcevaux 22 avril 82, Solleillet, etc. — Il importe toutefois qu'il y ait eu véritablement ordre ; le fonctionnaire ne pourrait alléguer pour sa défense qu'il a cru obéir aux instructions de l'autorité supérieure ou qu'il s'est conformé à la pratique ordinaire. — Sur la question préjudicielle, Cf. le récent arrêt. Confl. 7 décembre 1918, de Kératry : « cons. qu'en procédant à l'enquête dont l'avait chargé le

Envisageons maintenant le cas où l'agent a strictement exécuté l'ordre donné. Il faut ici distinguer deux hypothèses : cet ordre du supérieur hiérarchique auquel l'agent a obéi est-il un acte administratif, acte régulier, légitime, ou constitue-t-il une faute personnelle, par exemple par suite de l'intention dolosive que nourrissait le supérieur, en le donnant. Nous envisagerons successivement ces deux points de vue.

1) Si l'ordre donné par le supérieur est, au sens où l'entend la jurisprudence, un acte administratif, c'est-à-dire un acte n'entraînant nullement la responsabilité de son auteur, il y a d'abord de grandes chances pour que cet acte ne nuise en rien à autrui et pour que par suite l'agent d'exécution ne soit nullement inquiété. Il y a cependant des espèces où un ordre légitime peut causer un préjudice à autrui, et où celui-ci pour obtenir réparation engage des poursuites contre l'agent d'exécution. Mais, dans ces espèces, si le fonctionnaire s'est tenu dans les limites strictes tracées par l'ordre-acte administratif, s'il s'est contenté d'une exécution rigoureuse de cet acte, il n'en portera pas la responsabilité,

gouverneur général de l'Indo-Chine, le sieur de Kératry a fait des actes de sa fonction administrative ; que la manière dont il a rempli cette fonction échappe au contrôle de l'autorité judiciaire, laquelle est également incompétente pour apprécier si le commissaire enquêteur s'est conformé aux instructions qu'il avait reçues, et s'il a excédé les limites de la mission à lui donnée, » — ce qui est à peu près la reproduction des termes de l'arrêt du 6 août 1886, Coley, que nous avons étudié au précédent chapitre.

quelles que soient les conséquences graves où l'a entraîné l'obéissance hiérarchique. C'est par exemple le cas de l'arrêt Gressler (Confl. 8 décembre 1894), où il s'agissait d'une action intentée contre un sergent et un soldat à raison de violences et de blessures faites à un vigneron qu'ils avaient reçu l'ordre d'expulser de la zone dangereuse d'un champ de tir. « Considérant, dit l'arrêt, que les faits articulés ne peuvent pas se détacher de l'exécution tant des ordres généraux de l'autorité militaire que de l'ordre spécial donné à Boisson et à Charles par le capitaine de ronde »; — Mais il en est de même pour le fonctionnaire de l'ordre civil, témoin l'arrêt Cauvet (Conflits, 1^{er} juin 1889), où est considéré comme fait de service le fait par le directeur d'une maison centrale d'avoir exécuté dans des conditions particulièrement dommageables l'arrêté ministériel de révocation d'un commis de l'établissement dont il avait exposé le mobilier aux outrages d'une pluie battante. — Voilà deux espèces caractéristiques où la responsabilité personnelle des agents aurait certainement été engagée sans l'influence de l'ordre hiérarchique qui les a couverts (1).

(1) Les auteurs estiment également en général que le fait par l'Administration de prendre fait et cause pour son agent a le même effet que l'ordre hiérarchique. Nous ne pensons pas que l'on doive adopter ce point de vue de principe à la légère, même en y ajoutant, comme M. Dareste (*op. cit.*, p. 570), cette réserve que cet effet ne se produira que « dans les cas où l'agent se serait trouvé couvert par un ordre antérieurement donné ». — Il y aurait là une porte ouverte pour l'Adminis-

S'il en est ainsi dans des cas graves, à plus forte raison quand l'exécution de l'ordre légitime n'entraîne que des préjudices en quelque sorte secondaires. C'est ainsi qu'il n'y a pas faute personnelle d'un préfet qui fait pavoiser l'évêché d'Angers s'il « n'a fait que se conformer aux ordres du ministre de la Justice et des Cultes » (Confl. 4 avril 1883, Freppel) ; — ni d'un agent des Ponts et Chaussées qui dans les actes d'une expropriation à laquelle il a participé, n'a figuré que comme agent de l'Administration, sous le contrôle et l'autorité de ses supérieurs hiérarchiques : Confl. 7 juillet 1883, de Dalmass). Le plus souvent d'ailleurs quand les décisions refusent de reconnaître la faute personnelle, c'est en raison des ordres donnés (Confl. 5 mai 1877, Lau-monnier-Carriol — 23 novembre 1878, de Parcevaux — 29 novembre 79, de Boislinart — 13 décembre 1879, de la Frégeolière — 16 avril 80, Gorry — 21 mai 81, Cunéo d'Ornano — 25 mai 89, Uzanas-Jorris — 26 juin 97, Métivier — 26 juin 97, Loumagnè — 4 décembre 97, Lalande — 2 mars 1901, Fournier — 11 juin 1904, Level —) ou bien, pour les militaires, à raison du fait

tration vers ces étouffements abusifs auxquels elle se laisse entraîner à l'abri de la garantie de l'article 75 et qui exaspèrent l'opinion publique. — Aussi nous semble-t-il que la juridiction administrative ne doit assimiler à l'ordre hiérarchique le fait par l'Administration de couvrir après coup l'acte de son agent, que dans les espèces rares et de peu d'importance, ou peut-être dans les cas où l'agent devant la nécessité de prendre une décision d'urgence, pouvait se sentir en droit d'espérer un ordre hiérarchique le couvrant.

qu'ils étaient « en service commandé » (Confl. 21 mars 79, Marcel — 6 décembre 95, Chenal — 2 juillet 1904, Tronc).

2) L'ordre donné par le supérieur à son subordonné constitue une faute personnelle. L'hypothèse est ici complètement différente. On comprend très bien qu'un agent de l'Administration recevant un ordre légal et régulier, soit tenu de l'exécuter, quelle que soit la gravité des conséquences de l'exécution ; mais que devient cette obligation lorsque le même agent reçoit un ordre qui n'est plus un acte administratif, mais qui constitue une faute personnelle de son supérieur, soit par l'intention mauvaise qui le dicte, soit par les dommages graves qu'il doit entraîner ? Ne nous trouvons-nous pas ici dans un cas où doit justement jouer cette personnalité, cette liberté d'esprit dont parle M. Barthélémy ? l'inférieur ne doit-il pas, sous peine de se trouver compromis comme complice, refuser d'obéir à un ordre d'une illégalité flagrante ?

C'était la conclusion qui paraissait logiquement découler d'une série d'arrêts postérieurs à 1870 dans lesquels étaient considérés comme fautes personnelles :

— l'enlèvement de pierres effectué par un cantonnier sur l'ordre de ses supérieurs, sans que toutes les formalités aient été remplies (12 mai 1871, Gagne) ;

— la destruction par un commissaire de police, sur l'ordre du maire, de poteaux et barrières placés sur un terrain qui était en possession légale d'un particulier, que la Commune revendiquait, mais de la propriété

duquel elle n'avait pas encore fait la preuve (Amiens, 18 février 1878. D. 78. 2. 81) ;

— les agissements d'un trésorier de fabrique, accomplis sur l'ordre du préfet, et ayant pour but de déposséder, sans droit, de son presbytère le titulaire d'une cure, (Confl. 13 mars 1886, abbé Glence) ;

— l'ouverture par un serrurier, sur l'ordre du maire, de la porte d'un dortoir d'un hospice occupé par des sœurs (Nevers, 6 avril 1898).

Nous penchons cependant à croire qu'il n'y a eu là qu'une réaction un peu exagérée contre l'irresponsabilité de principe proclamée unanimement par la jurisprudence avant 1870. Une pareille jurisprudence tendrait en effet rapidement à l'injustice. Quelle est vraiment la responsabilité d'un cantonnier à qui un maire donne l'ordre d'effectuer une opération sans que toutes les formalités soient accomplies ? Savait-il seulement que l'ordre était illégal, et s'il le savait, n'a-t-il pas été poussé par la crainte de s'attirer par un refus l'hostilité du maire, son supérieur ? Va-t-on rendre responsable de son ignorance ou de sa faiblesse un agent d'exécution qui n'est le plus souvent qu'un fonctionnaire subalterne, simple instrument dans la main du supérieur ? et en fin de compte l'Administration ne rencontrera-t-elle pas, en ce qui concerne la bonne marche des services, plus d'inconvénients que d'avantages dans un pareil système ?

Nous avons trouvé peu d'arrêts en la matière, mais une décision comme celle du Tribunal des Conflits, 29

avril 1910, Guichard, nous semble significative. Il s'agissait d'un maire, qui, comme beaucoup de maires à cette époque, avait fait illégalement sonner les cloches de l'église de sa commune. Dans l'espèce, ledit maire avait chargé le cantonnier de cette opération, et celui-ci était poursuivi par le desservant comme personnellement responsable. Le Tribunal des Conflits a décidé avec raison qu'il n'y avait là qu'un fait de service (1).

Il faut en somme, dans l'hypothèse où nous nous plaçons, notamment quand l'ordre constitue déjà un fait personnel, que le Tribunal des Conflits apprécie, dans chaque espèce, si l'ordre hiérarchique a ou non enlevé à l'acte de l'agent le caractère de faute personnelle. C'est également la conclusion de M. Joseph Barthélémy; mais avec cette différence essentielle que l'éminent professeur considère la responsabilité du fonctionnaire comme devant voir son domaine s'étendre à mesure que s'affirmera son « émancipation ». S'il nous semble voir, quant à nous, dans la jurisprudence relative aux actes accomplis sur ordre, une évolution très marquée, c'est dans un sens opposé à celui qu'indique M. Barthélémy (2).

(1) Le plus souvent d'ailleurs les simples agents d'exécution ne sont pas poursuivis, et ainsi leur irresponsabilité existe-t-elle en fait ; aussi sont-ils demeurés complètement hors de cause, dans les procès Montlaur, Maudière, etc.

(2) M. Barthélémy reconnaît d'ailleurs que notre jurisprudence reste profondément imprégnée de cette idée que l'ordre hiérarchique supprime toute responsabilité personnelle et transforme la faute en fait de service.

Le Tribunal des Conflits cherchera certes si l'ordre enlève à l'acte de l'agent le caractère de faute personnelle, mais il doit tendre à ne relever la faute personnelle de l'agent d'exécution qu'au cas où, intentionnellement, celui-ci se sera véritablement associé à l'ordre de son supérieur, dont il deviendra par le fait même le complice.

TROISIÈME PARTIE

La Faute du Service Public

CHAPITRE I

La Notion de Fait de Service

L'étude que nous abordons maintenant de la faute du service public, diffère profondément de l'étude précédente sur la faute personnelle.

La notion de faute personnelle a en somme peu évolué depuis l'origine : si nous avons pu constater une certaine restriction des cas où la jurisprudence reconnaît la responsabilité personnelle du fonctionnaire, l'évolution se réduit toutefois à une simple variation du contenu de la faute, sans aucune modification de sa nature.

Par contre, si nous nous reportons au temps de l'arrêt Pelletier, nous constatons que rien ne subsiste ou presque des théories de l'époque sur la responsabilité de la puissance publique. Ici une longue et profonde évolution a tout transformé.

La jurisprudence qui suivit la guerre de 1870 et la réorganisation du Tribunal des Conflits, n'est guère de nature à nous éclairer sur la responsabilité moderne des Administrations publiques. Si l'on se reporte en effet aux idées qui régnaient alors, un des principes dominant était précisément l'irresponsabilité de la puissance publique, legs d'une tradition remontant au droit romain

et renforcée au passage par la doctrine du droit divin du XVII^e siècle. L'Etat étant considéré en fait comme infaillible¹ et par conséquent, irresponsable, il ne pouvait être question à l'époque de parler d'action en responsabilité contre l'Etat, encore moins de faute de l'Administration. Ce sont là, des expressions qui marquent l'aboutissement d'une évolution toute récente, remontant au plus à une vingtaine d'années ; si le citoyen lésé peut aujourd'hui obtenir la réparation du dommage souffert, en poursuivant l'Etat selon certaines conditions de procédure, il ne faut pas chercher le commencement d'une pareille transformation au delà de 1895.

Une évolution de ce genre ne s'opère cependant pas toute seule ; les esprits sont lents à admettre des transformations aussi radicales dans les théories les plus anciennes du droit ; et pour que la prudence qui caractérise les juridictions administratives se laisse à son tour entraîner dans la voie d'un revirement, il faut qu'un renouvellement d'idées se soit déjà opéré dans les milieux juridiques ; l'évolution de fait ne commencera qu'après de longues discussions de principe, et lorsque sa nécessité se sera enfin imposée à la suite d'un changement évident des esprits et des mœurs.

A l'origine de la théorie actuelle de la responsabilité de la puissance publique telle qu'elle semble se dégager de la jurisprudence, nous retrouvons précisément cette distinction longuement analysée dans la première partie de cette étude, qui, ayant pour but un départ de compétences entre les autorités judiciaire et administrative.

attribuait à la première la compétence relative aux faits personnels des fonctionnaires, à la deuxième, celle relative aux actes administratifs.

Entendons-nous bien cependant : nous disons seulement que c'est là que réside la genèse de la responsabilité admise aujourd'hui de la puissance publique, que c'est cette distinction qui permit à l'idée de responsabilité de se dégager et de s'imposer, ou encore que c'est le prétexte juridique de cette distinction que la jurisprudence administrative emprunta pour aboutir indirectement à proclamer la responsabilité de l'Etat. Mais il ne faut chercher rien d'autre dans la distinction primitive qu'une encore très indécise genèse.

Nous ne reviendrons pas sur l'arrêt Pelletier que nous avons déjà analysé. Ce fut une décision dictée par deux soucis, l'un profond et venant de loin, celui de couvrir les fonctionnaires dans un certain nombre de cas où ils sont en faute, de façon à empêcher contre eux des poursuites abusives de la part des particuliers; l'autre, souci de circonstance, celui d'assurer l'indépendance et la vie de la juridiction administrative, mise en danger par la réforme brutale qu'avait été la brusque abrogation de l'article 75 par le décret du 19 septembre 1870. Ces deux buts parfaitement conjugués furent atteints dans l'arrêt Pelletier, par ce seul fait qu'était posée la distinction du fait personnel et de l'acte administratif. Il fallait distinguer désormais dans toute faute de fonctionnaire si elle était d'un caractère personnel ou professionnel : dans le premier cas, compétence restait pour en connaître aux

tribunaux de l'ordre judiciaire ; mais dans le deuxième cas, cette compétence leur était nettement retirée.

On aboutissait ainsi d'une part à donner satisfaction à l'opinion publique qu'un retour au régime de l'article 75 aurait heurtée ; les particuliers pouvaient désormais se passer d'autorisation pour entamer les poursuites ; plus de « garantie personnelle » pour employer l'expression de M. David dans ses conclusions ; — d'autre part, il suffirait de déclarer que le fait incriminé ne constituait pas un fait personnel, mais que, accompli par le fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions et dans un esprit administratif, il constituait au contraire un acte administratif, pour qu'aussitôt les poursuites contre l'agent fussent interrompues et les tribunaux judiciaires dessaisis.

Cette distinction constituait un partage de compétences parfaitement logique ; elle portait en elle en puissance tous les développements postérieurs de la responsabilité de l'Etat.

Le simple particulier, en effet, allait être lésé par une pareille construction juridique. Certes, au cas où la faute de l'agent était déclarée personnelle, son droit de poursuivre était clair, et s'il poursuivait un agent solvable, il avait des chances de voir le dommage réparé. Ce qui était, dans cette théorie jurisprudentielle moins clair et moins satisfaisant, c'était la seconde solution de l'alternative.

Tout eut été parfait du point de vue de l'intérêt des administrés, si, au départ de compétence nouvellement

institué, avait correspondu une double responsabilité. Mais c'était loin d'être le cas, du moins dans le premier esprit de la distinction, à sa première étape. Il faut remarquer, en effet, en quels termes négatifs est présentée la seconde partie de la distinction : « Si l'acte dommageable est impersonnel, dit Laferrière, il reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux. »

Il ne faut pas oublier, en effet, que les premiers termes employés pour définir l'alternative de la distinction furent ceux de fait personnel et d'acte administratif. Celui de fait de service n'apparut que plus tard, et encore fut-il beaucoup plus employé par la doctrine que par la jurisprudence, qui n'en usa que très rarement.

Aucune difficulté tout d'abord pour déterminer quand il y avait acte administratif. Il n'y avait acte administratif quand il y avait pas fait personnel. Ce second terme est la notion principale par laquelle l'acte administratif se définit négativement.

Mais une fois décidé qu'il n'y avait, dans telle mesure critiquée, qu'un acte administratif, cela ne voulait pas dire que la responsabilité de l'Etat fut engagée. La question se posait tout différemment qu'aujourd'hui, puisque l'irresponsabilité de l'Etat était pour ainsi dire de principe. — Ce qui se passait était bien simple. On tombait alors dans le contentieux objectif de l'annulation de l'acte. La note de M. Hauriou, sous l'arrêt Métivier (1), est à ce point de vue significative. Le savant

(1) S. 1898. 3. 49.

doyen y trace le parallélisme de deux théories, d'une part l'une subjective, celle de la responsabilité du fonctionnaire, avec ses moyens d'appréciation variant suivant chaque espèce, théorie de droit commun ; d'autre part, l'autre objective, celle du contentieux de l'acte qui est demeuré administratif.

Les expressions employées par la jurisprudence, sont, sur ce point, très claires. Le fait personnel est constitué par une « circonstance distincte de l'acte », c'est un fait qui s'en « détache », et si tout acte vicié ne dégénère pas nécessairement en fait personnel, du moins tout fait personnel est-il un acte dégénéré, qui a perdu son caractère administratif.

Si bien que lorsque cette circonstance détachable n'est pas révélée par l'instruction, l'acte n'ayant point dégénéré demeure un acte administratif et c'est dans le contentieux de l'acte administratif que nous retombons, contentieux objectif, contentieux de l'annulation, le seul que l'on puisse, d'une façon générale, envisager à cette époque. Donc déclarer qu'il y avait acte administratif, c'était déclarer que le fonctionnaire était couvert par l'Administration et, c'était dire aussi au requérant : vous n'obtiendrez point réparation du préjudice qui vous a été causé, puisque l'action en responsabilité contre l'Etat n'existe pour ainsi dire pas. Dans cette affaire, il n'y a qu'un acte administratif ; attaquer cet acte par le recours pour excès de pouvoir. Heureux êtes-vous si l'annulation peut vous en être pratiquement uti-

le, car c'est la seule satisfaction à laquelle vous pouvez prétendre.

Peu à peu cependant, et tandis que la jurisprudence continuait à se servir des expressions primitives, la doctrine insinuait un terme nouveau, celui de *fait de service*, et l'on s'accoutuma à qualifier de tel celui dont le fonctionnaire fautif ne portait pas la responsabilité. C'était une façon plus commode de s'exprimer. Certes l'usage de cette expression n'apportait pas de changement dans la théorie des responsabilités, mais elle avait cependant l'avantage de présenter plus franchement à l'esprit, les lacunes de la théorie. Le terme : « acte administratif » aiguillait mathématiquement l'esprit vers le contentieux objectif de l'acte dans lequel la victime ne trouvait que rarement réparation ; il semble qu'avec l'expression de fait de service, un léger progrès fut cependant accompli.

On s'appliqua en effet à définir le fait de service : logiquement il se définissait par le fait personnel ; par hypothèse, il y avait fait de service quand il n'y avait pas fait personnel. Mais si le fait personnel était le fait où se révélait la personnalité humaine de l'agent, le fait de service était *a contrario* celui où il était demeuré dans l'abstraction, dans la tradition administrative ; et, en creusant cette opposition, on aboutissait à des formules comme celle donnée par M. Hauriou dans sa note sous l'arrêt Deyres (1). « Le fait personnel est la faute qui est

(1) S. 1900. 3. 89.

imputable à l'agent plutôt qu'à la mauvaise organisation du service ; le fait de service est celle qui est imputable à la mauvaise organisation du service plutôt qu'à l'agent. » Cela se ramène au fond, comme le constate M. Hauriou, à la définition donnée par Laferrière, suivant que la faute dépassait ou non les risques ordinaires de la fonction. « Les risques ordinaires de la fonction, c'est le fait de service imputable à l'organisation du service elle-même, seulement M. Laferrière n'a pas dégagé explicitement cette notion de fait de service ». Ainsi donc, en un simple changement de terme, les situations se précisaient et la question des responsabilités apparaissait plus nettement.

Ce léger progrès était d'ailleurs nécessité par le mouvement des idées. En 1890-95, la responsabilité de l'Etat s'imposait de plus en plus, l'opinion n'allait bientôt plus admettre qu'il suffise de se retrancher derrière les principes juridiques pour se dérober aux réparations que la justice exigeait.

Si en changeant de point de vue, on se place sous l'angle de la responsabilité, et non plus sous celui de la compétence, on arrivait à formuler les deux conclusions suivantes :

1) L'Etat n'est pas responsable des fautes de ses agents quand elles dépassent la notion de fait de service et dégèrent en fait personnel ; ces fautes restent imputables à l'agent seul.

2) A l'inverse, l'agent n'est pas responsable personnellement des simples faits de service. — Mais l'Etat les

prend-il à sa charge? ou, si l'on veut, dans quelle mesure la notion de fait de service va-t-elle être de quelque utilité pour le développement des idées sur la responsabilité? — Voilà comment se traduisait, dans la théorie jurisprudentielle de la distinction entre les fautes des fonctionnaires, l'évolution contemporaine des idées. Les étapes de cette évolution peuvent ainsi se suivre dans les diverses transformations de la distinction qui fait l'objet de cette étude.

Dans cette élaboration d'une théorie nouvelle de la responsabilité de la puissance publique, de quelle utilité allait être la notion de fait de service? Car c'est évidemment de ce côté que l'effort des juristes allait se tourner. Cette notion se révéla à l'épreuve tout à fait insuffisante, et il ne pouvait en être autrement comme nous l'allons montrer.

Le fait de service était, en effet, par hypothèse, une notion purement négative. Lorsqu'un particulier, lésé dans sa personne, dans ses biens ou dans ses droits, par la faute d'un agent administratif, poursuivait cet agent devant les tribunaux de droit commun et que le préfet élevait le conflit, nous avons vu que ce n'était nullement pour substituer la responsabilité de l'Etat à celle du fonctionnaire, mais uniquement pour couvrir ce dernier. Le Tribunal des Conflits statuait alors sur le point de savoir si oui ou non les faits allégués constituaient, en admettant qu'ils fussent établis, une faute personnelle; et c'est dans le cas où il répondait par la négative qu'on avait coutume de dire qu'il y avait fait

de service. Donc notion purement négative se dégageant, et cela est important, des décisions du Tribunal des Conflits.

Si nous revenons, d'autre part, à la définition que certains auteurs essayèrent de donner du fait de service, nous savons qu'on l'attribuait tout d'abord à la mauvaise organisation du service plutôt qu'à l'agent lui-même. De multiples éléments servant à qualifier la faute personnelle, qualifiaient *a contrario* le fait de service ; c'est ainsi que la faute lourde étant déclarée séparable, détachable, de l'acte administratif, la faute légère ne dénaturait pas cet acte et ne constituait qu'un fait de service (Hauriou, notes sous les arrêts Métivier-Uhel-Mohammed (1) ; il fallait d'autre part considérer le principe d'une diligence administrative moyenne, également éloignée de la *culpa lata*, et de la *culpa levissima*, diligence moyenne dans laquelle il ne pouvait y avoir également que fait de service. Ainsi donc, la notion de fait de service qui par opposition au fait personnel semble se dégager de la jurisprudence de 1895 à 1900, est assimilable à la faute légère, à la faute qui rentre dans la tradition du service et peut être incorporée à un fonctionnement normalement défectueux.

Qui ne voit dès lors qu'il n'y avait rien à tirer, pratiquement parlant, d'une telle notion, au profit d'une théorie de la responsabilité de l'Etat. Car, si l'on était tenté de dire que, parallèlement au fait personnel, engageant

(1) S. 1898. 3. 49 ; — 1900. 3. 89 ; — 1893. 3. 65.

la responsabilité de l'agent, le fait de service engageait la responsabilité de l'Administration, on se heurtait à ce dilemme : ou bien déclarer l'Etat responsable pour tous les faits de service, et alors plus d'Administration possible, ou bien distinguer encore entre les faits de service, c'est-à-dire entre les fautes légères (1), suivant leur plus ou moins grande légèreté.

C'est cependant à cette deuxième hypothèse que semblait se rallier M. Hauriou, dans sa note sous l'arrêt Lepreux : « Le fait de service engage-t-il au moins la responsabilité de l'Administration dans tous les cas ?... pas même, cela dépend de sa nature d'accident. Si c'est un fait de service ordinaire, s'il ne révèle pas plus de négligence et de mollesse dans l'exécution du service qu'il n'y en a d'ordinaire dans l'ensemble des services, la responsabilité de l'Administration n'est pas engagée ». Ainsi donc, puisque, par hypothèse, le fait de service est la faute ordinaire, légère, normale, il va falloir distinguer la faute ordinaire proprement dite et la faute ordinaire accidentelle, et nous en arrivons à de bien inutiles complications.

La vérité est qu'il y eut erreur initiale de ceux qui voulurent utiliser la notion de fait de service dans la construction d'une théorie de la responsabilité de la puissance publique. A ce point de vue là, la notion de

(1) Car il faut pas oublier qu'à cette époque, fait de service est synonyme de faute légère par opposition à la faute personnelle — faute lourde — « Ce n'est qu'un fait de service », a-t-on coutume de dire.

fait de service ne représente rien. Il suffit de songer qu'elle se dégage de la jurisprudence du Tribunal des Conflits pour s'en rendre compte aussitôt.

Le Tribunal des Conflits à qui on soumet la question de savoir s'il y a ou non faute personnelle d'un fonctionnaire répond uniquement à cette question qui est une question de compétence. Quand il décide qu'il n'y a pas faute personnelle, eh bien, il n'y a pas faute personnelle, et c'est tout ce que l'on peut déduire de sa sentence au point de vue de la responsabilité.

Mais l'Administration prend-elle la responsabilité à sa charge, ceci est une toute autre question. On a pu longtemps en effet se contenter de l'ancienne distinction échafaudée dans l'arrêt Pelletier, à une époque où seule la faute des fonctionnaires était envisagée. Si, entre 1870 et 1890, la question de la responsabilité de la puissance publique commença bien à se poser, ce ne fut cependant que dans des arrêts d'espèce, sans aucun lien de principe entre eux. Mais du jour où les idées furent assez élargies et où les poursuites intentées contre l'Etat furent admises sur une large échelle, il fut évident que la situation de fait ne correspondait plus, dans l'ensemble, aux principes qui remplacèrent l'article 75. A ce moment, le Conseil d'Etat lui-même, ne se contenta plus d'arrêts d'espèce comme jusqu'alors, et certains traits, particulièrement appuyés de ses décisions manifestèrent bien quelles étaient ses intentions. A l'ancienne notion de fait de service à quoi ne correspondait plus en rien la responsabilité naissante de l'Etat, il était néces-

saire de substituer désormais une notion plus moderne, plus adaptée dans la forme et dans le fond aux idées nouvelles. A la notion de fait de service, notion négative, dégagée implicitement des décisions du Tribunal des Conflits, il était temps de substituer une notion positive de faute, s'encadrant dans une théorie logique de responsabilité.

CHAPITRE II

Esquisse d'une Théorie de la Faute administrative

Notre dessein, dans ce chapitre, est de décrire dans ses grandes lignes, ce que pourrait être une théorie d'ensemble de la responsabilité de la puissance publique. Nous nous en tiendrons, sur ce sujet, aux lignes essentielles, trop heureux si nous pouvons tracer ici une esquisse convenable, soutenable, d'une des théories les plus délicates du droit administratif. Il entre aussi dans notre dessein, conformément à la ligne de conduite que nous nous sommes imposée dans cette étude, de ne nous hasarder qu'aussi peu que possible dans le domaine de la spéculation et de la théorie purement abstraite. L'écueil d'esprits plus expérimentés que nous ne le sommes, a justement été d'échafauder sur ce point des systèmes d'une logique impeccable, mais que la réalité des faits ne pouvait justifier longtemps. Convaincus que, sauf des erreurs de détails et des tâtonnements rendus nécessaires par une équité rigoureuse, la jurisprudence, et surtout une jurisprudence aussi éclairée et savante que celle de notre Conseil d'Etat, est, de par ses attaches profondes avec la chair même de la vie, la

base, la pierre de touche, de toute pensée juridique, nous nous efforcerons dans notre tâche de ne rien avancer que l'expérience de cette jurisprudence n'ait mis en lumière, justifié et consacré.

I

Depuis presque un siècle, les jurisprudences combinées du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat n'ont cessé de proclamer, malgré des résistances très vives à certaines époques, que la responsabilité de la puissance publique ressortissait de la compétence administrative, qu'elle ne pouvait en aucune manière être régie par les principes du Code civil, qu'elle n'était pas absolue, qu'elle avait ses règles propres, etc. Cette affirmation soutenue avec une fermeté sans relâche et qui triompha peu à peu des idées civilistes et de la résistance de la Cour de Cassation, marque cependant par son imprécision, combien épineuse et délicate était la matière envisagée, d'autant que de nos jours encore, le Conseil d'Etat n'a pas essayé par la voix d'un de ses commissaires du Gouvernement, de donner, dans ses grandes lignes mêmes, une perspective d'ensemble de la théorie de la responsabilité de la puissance publique.

Nous entendons bien que le Conseil d'Etat, juridiction prétorienne, a toujours marqué sa résolution très nette de ne jamais se lier par des principes juridiques trop absolus. Leur proclamation ne peut que gêner une juris-

prudence dont la délicate souplesse évolutive est un des premiers mérites.

D'autre part, cette difficile définition des principes pouvait même paraître superflue à une juridiction qui entreprenait la tâche ardue de briser avec une théorie séculaire, et qui, ne pouvant réagir contre elle que lentement, fragmentairement, au hasard des espèces, devait avoir le premier souci d'élargir sa jurisprudence jusqu'à la poser fermement avant de la définir.

Enfin, à l'époque déjà lointaine où le Conseil d'Etat affirmait la compétence administrative sur la responsabilité de la puissance publique, il n'était certes pas aussi aisé qu'il peut l'être aujourd'hui, d'avoir sur cette matière des vues précises. Le droit administratif avait peu évolué; des théories surannées l'encombraient encore, et enrayaient son développement; sa physionomie originale s'était à peine dégagée de l'amas de la réglementation; en 1850 enfin, il était impossible de prévoir l'aspect qu'il allait rapidement prendre dans les temps modernes.

Cette dernière raison est une de celles qui font le mieux comprendre pourquoi de 1850 à 1870, et chez des auteurs respectés et écoutés, les idées civilistes dominaient encore. Sur le sujet de la responsabilité notamment, le fait que l'irresponsabilité de l'Etat était de principe pour ses actes de souveraineté ou ses actes-dits de puissance publique, amenait à conclure qu'il perdait dans ses actes de gestion, ces caractères spéciaux à quoi était attachée la plupart de ses prérogatives. De

nos jours, où, après une évolution qui n'a pas été sans heurts, sans convulsions, dirions-nous presque, en songeant à la gravité d'arrêts tels que les arrêts Lepreux et Adda, cette distinction entre actes de puissance publique et actes de gestion est abolie, de nos jours où on ne considère plus, comme Laferrière, que la responsabilité de l'Etat s'atténue à mesure que sa fonction s'élève, mais que, sous l'action de commissaires du gouvernement audacieux et sagaces, toutes les fonctions de l'Etat, aussi bien celles de police que celles de gestion, sont considérées comme de nature, en cas de faute, à entraîner sa responsabilité, alors il est facile de comprendre pourquoi les principes du droit civil ne peuvent plus être invoqués comme devant faire plier la responsabilité de l'Etat, comme celle de l'individu.

« Il est ridicule, disait Montesquieu (1), de prétendre décider des droits des royaumes, des nations et de l'univers par les mêmes maximes sur lesquelles on décide entre particuliers d'un droit pour une gouttière, pour me servir de l'expression de Cicéron », et de même, on ne saurait faire plier sous la même règle, inflexiblement étroite, la responsabilité du simple particulier, et celle d'une institution comme l'Etat moderne, aux manifestations aussi diverses que de haute étendue. S'il est vrai, selon le mot de M. Hauriou (2), que l'Administration contemporaine après avoir connu l'âge de la police

(1) *Esprit des Lois*. XXVI. 16.

(2) Note au S. 1905. 3. 43.

en soit arrivée; aujourd'hui à l'âge de la gestion, il ne faut pas oublier que dans l'argumentation invoquée pour ruiner la théorie de l'irresponsabilité pour actes de puissance publique (1), un grand commissaire du gouvernement, M. Teissier, affirmait que la police et la gestion ne sauraient être ventilées; elles se pénètrent sans cesse; si l'exécution des services publics, parce qu'elle est devenue aujourd'hui la préoccupation dominante, a été la source même d'une théorie d'ensemble de la responsabilité de l'Etat, il ne faut pas oublier que tout fonctionnement d'un service public implique l'exercice de pouvoirs de police (2), et que c'est là la meilleure justification de la théorie du Conseil d'Etat, sur la nature juridique spéciale de la responsabilité de la puissance publique.

Ainsi la grande erreur, que nous permet seulement de redresser le recul du temps et l'affranchissement de la querelle de 1850-1870, la grande erreur de Laferrière notamment (3), ce fut de croire qu'il y avait dans les fonctions de l'Etat une échelle, une sorte de gamme à quoi correspondait parallèlement une gamme de responsabilité graduée: Irresponsabilité pour les actes de souveraineté, irresponsabilité aussi pour les actes de puissance publique, mais avec des exceptions admises, enfin responsabilité pour les actes de gestion, et sur

(1) Teissier, conclusions dans l'affaire Feutry, Conf. 29 février 1908

(2) Il faut évidemment entendre ici par police le maintien de bon ordre dans l'Etat dans un sens élevé.

(3) Voir aussi les conclusions Romieu dans l'affaire Cames.

une échelle d'autant plus large que s'amoindrit la puissance dont l'Administration est investie. Il y avait là une conception radicalement fausse. La vérité, que nous nous efforcerons de démontrer dans le courant de ce chapitre, c'est que l'on ne doit pas plus parler d'irresponsabilité pour les actes de puissance publique que de soumission aux règles du droit commun pour les actes de gestion. La responsabilité de l'État existe, réelle, mais s'exerce d'une façon harmonieuse, dans une sphère toute spéciale, à un niveau, sur un plan à elle propre, parallèle peut-être au plan de la responsabilité du droit commun, et de proportions, sinon égales, peut-être symétriques, mais ne tendant pas plus à s'en rapprocher qu'à s'en éloigner.

Que l'on songe en effet au fonctionnement de ces services publics dont M. Hauriou dans ses « Principes de Droit Public » (1), nous donne une image saisissante. Amené sous le couvert de l'intérêt général à s'emparer de la gestion de la plupart des grands services pratiques de la nation, « l'État pénètre dans les relations économiques et réalise une centralisation économique qui marche désormais de pair avec la centralisation juridique. — Avec le temps, ces services pratiques assumés par l'État sous le nom de services publics, deviennent le substratum de la vie privée à raison de leur régularité et de leur continuité qui ont quelque chose d'impressionnant. Le service des postes et celui des transports

(1) Hauriou. *Principes du Droit Public*. 1916., p. 572 et s.

fonctionnent tous les jours, et, même, nuit et jour, aux mêmes heures, la police veille, et les armées sont toujours prêtes à la mobilisation, les chemins et les routes entretenus, les phares sont allumés tous les soirs sur les côtes, etc. »

A mesure que ces services publics poussent profondément leurs racines dans la vie économique du peuple, dans sa vie quotidienne, d'une part les habitants prennent l'habitude de compter sur ce service, et en revanche se déshabituent de pourvoir par eux-mêmes à des besoins auxquels primitivement ils pourvoyaient. Le service public dans sa forme de gestion devient chaque jour plus indispensable, et l'Administration entre chaque jour en contact plus étroit avec chacun de ses administrés, qui croient traiter avec elle sur le pied d'égalité.

Certes, on ne comprendrait pas en vertu de quel texte ou de quel principe de droit le citoyen lésé par un vice d'organisation ou de fonctionnement d'un service public, par la faute grave de ceux qui le dirigent ou qui en sont les agents d'exécution, serait privé du droit d'obtenir réparation du préjudice souffert. Il ne tient qu'au développement presque démesuré du régime administratif en France, que l'Administration exerce dans le commerce de chaque jour des fonctions qui, par nature, pourraient aussi bien appartenir à l'initiative privée. Il ne faut pas que, sous prétexte de son intervention, l'individu lésé ne puisse obtenir, dans la mesure du possible, la juste réparation qu'il obtiendrait, s'il avait à

faire à l'activité d'un autre individu. L'équité impose donc que le principe de la responsabilité soit reconnu, et aussi bien la jurisprudence du Conseil d'Etat quand, à la demande du Commissaire du Gouvernement Romieu, elle a consacré, par l'arrêt Tomaso-Gréco, une extension très large de cette responsabilité, n'a fait en somme que revenir aux principes que son sens de l'équité lui faisait admettre avant 1870 et dont elle ne s'était départie que par suite d'un respect excessif de l'infaillibilité de la puissance publique (1).

Responsabilité donc, cela s'impose. Mais, si nous envisageons le problème de l'autre côté du rideau, responsabilité spéciale. L'intérêt général que représente le service public doit dominer tout le débat, ou du moins le transformer. La continuité, la régularité du service, devenues pour la nation une nécessité absolue, doivent être avant tout sauvegardées. Le fonctionnement d'une entreprise à quoi toute la nation est intéressée, comporte des nécessités, un caractère d'urgence, une ampleur de nature, qui dépassent la portée des règles communes.

D'autres raisons nombreuses militent d'ailleurs également en faveur de cette responsabilité spéciale: — d'une part, l'appréciation de cette responsabilité, qu'il s'agisse d'actes de puissance publique ou d'actes de gestion, comporte la détermination des droits et pou-

(1) Voir sur ce point les développements donnés par M. Romieu dans ses conclusions sur l'affaire Tomaso-Gréco.

voirs de la puissance publique qui est étrangère au droit civil; d'autre part, la distinction établie par le droit civil entre la responsabilité directe et la responsabilité du fait d'autrui, ne saurait être transportée dans la matière de la responsabilité de la puissance publique. Laferrière a longuement étudié cette question, et donne dans son *Traité* (1) de bons arguments de texte, historiques, etc. — Et puis, comme le dit M. Hauriou, dans sa note sur l'arrêt *Lepreux* (2), les conditions de la vie administrative sont tout à fait différentes de celles de la vie civile; la vie civile met en présence des individualités isolées, la vie administrative met en contact, au contraire, des collectivités, d'un côté celles des services publics organisés, de l'autre, celle du public.

Aussi bien la doctrine et la jurisprudence consacrent-elles unanimement cette nature spéciale de responsabilité. Tous les auteurs de droit administratif la reconnaissent de nos jours (3) et d'autre part, depuis que le fameux arrêt *Blanco* l'eut affirmée avec encore plus de force, la Cour de Cassation, revenant sur une jurisprudence ancienne, se ralliait aussitôt à cette solution, en

(1) Laferrière, *op. cit.*, tome I., p. 677 et s.

(2) S. 1900. 3. 1.

(3) « La base de la responsabilité de l'Etat, tant vis-à-vis des tiers que de ses agents, n'est donc pas dans un texte positif de Droit Civil, mais dans un principe supérieur de justice, duquel procèdent eux-mêmes les textes positifs que le juge civil a à appliquer. C'est donc une législation d'équité et non de droit écrit. » Laferrière, *op. cit.*, tome I, p. 624, cité par Romieu, *concl. Cames. C. d'E.* 21 juin 1895,

ce qui concerne la responsabilité de l'Etat (1) et, pour tarder davantage, devait cependant, par la suite, adopter la même doctrine en ce qui concerne les départements et les communes (2), réalisant enfin ainsi l'unité parfaite de vue avec le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits (3).

Cependant de la rivalité qui les avait si longtemps séparés, de l'opposition même des points de vue des deux ordres de juridiction, s'étaient dégagés deux points très distincts, et cependant, dans l'ardeur de la lutte, longtemps confondus dans la même succession d'arrêts, d'ailleurs quasi-inséparables l'un de l'autre.

En premier lieu, nature juridique spéciale de la responsabilité de l'Etat, s'imposant par suite des rapports spéciaux qui unissent l'Administration et ses agents, régis par des lois et règlements spéciaux, qui déterminent la distribution des pouvoirs et des attributions, l'organisation et la répartition des services, la hiérarchie, le contrôle, etc., responsabilité qui, pour reprendre les termes des arrêts de Rothschild et Blanco, n'est ni générale, ni absolue, et se modifie suivant la nature et les nécessités de chaque service.

En second lieu, compétence spéciale de la juridiction administrative, à qui seule revient le droit d'apprécier, d'interpréter, d'appliquer les lois et règlements admi-

(1) Cass. 4 avril 1876, D. 1877. 1. 69 ; — 19 nov. 1883, D. 1884. 1. 246.

(2) Cass. 26 février 1912, D. 1912. 1. 119 et S. 1913. I 17 et la note de M. Mestre.

(3) Conflits, 29 février 1908, Feutry, conclusions Teissier.

nistratifs, de contrôler, au point de vue de la responsabilité générale de la nation, les actes des autorités diverses, sous la direction desquelles les services publics sont placés ; — « juridiction mieux placée que l'autorité judiciaire pour interpréter les lois et règlements de l'Administration, pour connaître les besoins, les nécessités de chaque service, pour établir enfin entre les intérêts essentiels de l'Etat et les droits privés, une conciliation qui est le caractère dominant de sa mission ». (Conclusions David dans l'affaire Blanco).

Donc nature juridique spéciale et compétence d'une juridiction particulière, telles sont les bases d'où peuvent partir maintenant les développements qui vont suivre ; car il ne suffit pas, comme l'a dit M. Hauriou (1), d'affirmer que la responsabilité de l'Etat a ses règles spéciales qui varient avec les besoins du service, encore faut-il que ces règles découlent d'un principe, à la recherche de quoi nous allons maintenant nous appliquer.

II

Et d'abord que dit la jurisprudence ?

Nous avons vu au chapitre précédent qu'il ne fallait rien espérer sur ce point de la jurisprudence du Tribunal des Conflits, puisque, par nature, la question de la responsabilité de la puissance publique dépasse sa portée. Lorsque, un fonctionnaire ayant été poursuivi, et

(1) Note précitée sous l'arrêt Lepreux.

le préfet ayant élevé le conflit, le Tribunal des Conflits estime qu'il n'y a pas lieu de permettre la poursuite personnelle de l'agent, il confirme le conflit, et, d'ordinaire, dans les termes suivants : « Considérant, dit-il, que les Tribunaux judiciaires sont compétents pour connaître des fautes personnelles aux agents, mais considérant que l'acte critiqué est en l'espèce un acte administratif, l'autorité judiciaire ne peut ni en discuter les motifs ni en apprécier la légalité » — et cela ne peut nous être d'aucune indication sur le point de savoir si l'Etat est responsable ou non.

Et même dans certaines décisions où le Tribunal paraît plus explicite, comme l'arrêt Laumonnier-Carriol où, aux considérants précédents, il ajoute « que l'action intentée par le requérant est en réalité portée contre l'Etat dans la personne de ses agents et qu'une telle action est de la compétence administrative » ; — rien ne peut être déduit des termes de tels arrêts en dehors d'une solution donnée à une pure question de compétence.

C'est donc dans la seule jurisprudence administrative, qu'il convient de rechercher les éléments dispersés d'une théorie de la responsabilité de la puissance publique.

Si l'on interroge la longue série des arrêts du Conseil d'Etat depuis 1870, son évolution peut se traduire en ces termes. Le Conseil d'Etat n'admit tout d'abord la responsabilité de la puissance publique, que dans quelques arrêts d'abord très rares et que l'on peut considérer comme de simples arrêts d'espèce. Dans ces arrêts,

il s'agissait de réparer le préjudice grave causé à des particuliers, par le fonctionnement d'un service public, sans qu'une faute particulière, personnelle à un fonctionnaire, ait pu être relevée. Les premiers arrêts que l'on trouve après 1870 et dans lesquels le Conseil d'Etat condamne l'Administration comme responsable, sont des arrêts rendus sur des recours formés par des victimes d'accidents graves, la plupart ayant entraîné la mort ou des blessures. C'est ainsi que nous voyons la responsabilité de l'Administration reconnue tout d'abord dans le cas de dommages aux personnes, résultant d'accidents, et surtout en matière de travaux publics (1), ou d'exercices de tir militaire (2). Ce sont d'ailleurs des cas où il semble que la haute juridiction administrative, à raison du risque ou du dommage exceptionnels reconnaisse la responsabilité de plein droit de l'Administration, c'est-à-dire n'exige pas la preuve de la faute. Le Conseil d'Etat paraît estimer, comme le dit M. Dareste (3), que le droit de l'Administration, quelque discrétionnaire qu'on le suppose, ne peut aller jusqu'à certaines conséquences, telles que tuer ou blesser sans indemnité.

Cette jurisprudence trouve encore un champ de développement dans les accidents de travail dans lesquels les ouvriers de l'Administration sont tués ou blessés.

(1) C. d'E. 11 mai 1854, Rougié ; — 19 décembre 1873, Lambert ; — 9 janvier 1874, Aubery.

(2) C. d'E. 11 mai 1883, Dusart ; — 29 janvier 1892, Robert ; — 30 mars 1906, Belin ; — 16 juillet 1904, Besnard.

(3) Dareste. *op. cit.* p. 515.

Dans de nombreux cas de cette espèce, le Conseil d'Etat déclare l'Etat responsable (1).

Des considérations graves, d'ordre international, l'amènent en outre, et quoiqu'il s'agisse ici de matière de police, à étendre cette jurisprudence de responsabilité au cas d'avaries subies dans les ports par les navires étrangers (2).

Ce sont là les principales matières où le Conseil d'Etat reconnaît la responsabilité de la puissance publique, entre 1875 et 1895. Mais pendant cette période de vingt ans, ce sont uniquement des arrêts d'espèce qui sont rendus, sans qu'apparaissent encore avec clarté les principes que des décisions de ce genre peuvent faire pressentir.

Cependant déjà pendant cette période quelques expressions, relevées dans les arrêts du Conseil, permettent de constater l'existence latente de ces principes qui devaient s'affirmer vers 1900-1905. Dans la plupart des arrêts où le Conseil reconnaît que la responsabilité de l'Etat est engagée, il s'attache, même dans les cas où, d'ordinaire, il n'exige pas nécessairement que soit prouvée la faute du service, à relever cette faute, cette défaillance de l'Administration dans le service dont elle est chargée. C'est ainsi que dans les accidents causés par les exercices de tir, il fait remarquer « qu'aucune défense de stationner à proximité du champ de manœuvres

(1) C. d'E. juin 1895. *Cames* ; — 24 décembre 1897, *Dotti*.

(2) C. d'E. 30 juillet 1897. *Lloyd anglais* ; — 17 janvier 1902, *Saffrey*.

n'avait été fait au public » (1). De même dans les arrêts relatifs aux dommages et avaries subis par les navires étrangers dans les ports français, il admet la responsabilité de l'Etat, mais s'attache à souligner tantôt que cette responsabilité résulte d'une fausse manœuvre exécutée sous la direction d'un officier du port (2), tantôt que la rupture des portes du bassin dont les avaries éprouvées par les navires ont été les conséquences, provient non d'un événement de force majeure, mais d'un défaut d'entretien desdites portes engageant la responsabilité de l'Etat (3). Enfin, en matière d'accidents de travail où, en admettant la théorie du dommage sans faute, il ne faisait que devancer de quelques années la législation positive sur ce sujet (Conclusions Romieu, sous l'arrêt Cames), le Conseil d'Etat s'attache aussi à déceler la défaillance de l'Administration. Dans l'arrêt Guérin (4), il constate que la mort de Guérin a été causée par la chute d'une pièce de canon d'un poids de 8.000 kg.; qu'en raison de la dimension et du poids de cette pièce, son charge-

(1) C. d'E., 25 février 1881, Desvoves; — 24 mai 1912, Bathiat.

(2). C. d'E., 6 mai 1881, Tyssak; — 15 juin 1894, Murray.

(3) C. d'E. 27 juin 1890, Chedru et Craquelin; voir aussi 13 janvier 1899, Société de Céramique de Boulogne. — Cette défaillance du service, le Conseil d'Etat s'efforce à tout instant de la dégager à la source de tout fait devant entraîner la responsabilité de l'Administration. C'est ainsi qu'il refuse de reconnaître cette responsabilité dans l'affaire de Rothschild, 1882, parce que la faute des agents de l'Etat n'est pas prouvée.

(4) C. d'E. 4 avril 1879. Veuve Guérin.

ment et son transport exigeaient une surveillance spéciale et qu'en négligeant de surveiller ces opérations les chefs du sieur Guérin avaient engagé la responsabilité de l'Etat. Dans l'arrêt Lanciaux (1), les considérants sont assez curieux. « La responsabilité de l'Etat est engagée, dit le Conseil, car il ne résulte pas de l'instruction que les chefs de Lanciaux aient exercé la surveillance et pris les précautions commandées par le danger que présentait l'opération dont il s'agit ». Enfin deux arrêts postérieurs à l'arrêt Cames, l'un de 1896 : Maugère, l'autre de 1897 : Sengès (2), reconnaissent en matière d'accident de travail que la charge en devait être supportée par l'Etat, car l'accident est imputable, disent-ils, à la *faute de l'Administration*. Cette expression caractéristique doit être doublement retenue : on peut y voir en effet l'origine, la forme première d'une expression plus nette, plus précise encore : celle de *faute du service public*, que le Conseil d'Etat ne devait pas tarder à adopter ; mais il faut surtout remarquer la date à laquelle le Conseil d'Etat use de cette expression, car elle est révélatrice de ses intentions qui sont nettes, — 1895-1898, c'est en effet la période d'élaboration de la grande loi sur les accidents du travail qui vient sanctionner pour une matière importante du droit la théorie du risque, période d'enthousiasme des esprits et de croyance en un renouvellement des conceptions juridiques.

(1) C. d'E. 11 mai 1881.

(2) C. d'E. 17 février 1896 ; — 3 décembre 1897.

La jurisprudence du Conseil d'Etat ne céda pas une minute à l'engouement général, et seule, dans l'effervescence des esprits, sut conserver la mesure nécessaire. Elle acceptait, disions-nous, la théorie du risque dans certains cas exceptionnels très déterminés, et même en ces cas là avançait l'œuvre de la législation ce qui put tromper les commentateurs sur ses intentions. Mais d'une manière générale, son opinion bien établie était que la source de la responsabilité résidait toujours dans la vieille théorie de la faute, et elle manifeste cette opinion très ancrée en décelant la faute même dans les matières où cela était inutile.

S'il y a eu évolution dans sa conception c'est seulement pour préciser sa notion de faute ; et c'est ainsi qu'après avoir parlé de fait de service, de faute de l'Administration, le Conseil d'Etat est arrivé en fin de compte à la notion de faute du service public sur laquelle nous nous expliquerons bientôt. Mais dès 1900, tandis que les idées de la doctrine subissaient une crise très forte, le Conseil d'Etat poursuivait tranquillement sa route, en précisant sa théorie de la faute, en la développant, en étendant son domaine.

Il y a eu en somme à ce point de vue, à partir de 1900, une première évolution qui a consisté à abandonner définitivement la théorie des actes de gestion et des actes de puissance publique, et l'irresponsabilité de l'Etat dans ce dernier cas (1), et une deuxième évolution, parallèle

(1) Il ne rentre pas dans notre sujet d'insister particulièrement sur

et conséquence de la première, tendant à mettre en évidence l'idée de service public et à ramener la faute à une faute du service public, qu'il s'agisse d'un service où se manifeste la puissance publique, comme les services de police, ou d'un simple service de gestion.

C'est ainsi qu'après les arrêts Lepreux et Adda, tous deux de 1899, et dont M. Romieu, dans ses conclusions, sous l'arrêt Gréco, signalait que leur rigueur inflexible pouvait facilement amener à un déni de justice, le Conseil d'Etat accueillait à nouveau les recours portés devant lui, sans fin de non-recevoir lorsque le pouvoir de police de l'Administration était en jeu, n'ayant d'au-

cette distinction entre actes de puissance publique et actes de gestion qui trouve sa meilleure défense dans les conclusions Le Vavas seur de Précourt, sur l'affaire Larbaud (C. d'E. 23 juin 1882). M. Tessier (*op. cit.* n° 138), la résume ainsi : « Les premiers, dit-il, accomplis par l'Administration en vertu de ses pouvoirs de puissance publique ne sont jamais susceptibles de la responsabilité de l'Etat et de ses démembrements ; les seconds, pris par l'Administration pour assurer le fonctionnement des différents services qui lui incombent, assez analogues aux actes de gestion des particuliers, et pouvant, s'ils causent des dommages, donner lieu à des actions en indemnité dans les conditions du droit commun ». Mais dès l'affaire Le Berre, le savant commissaire de gouvernement avait porté les premiers coups à cette théorie, reconnaissant que « dorénavant s'affirmait la notion de la responsabilité de l'Administration ; à raison du service mal fait, du service défectueux ». Les magistrales conclusions Romieu sur l'affaire Gréco achèverent de ruiner ce système, auquel seul M. le professeur Berthélémy reste actuellement encore attaché. — Voir aussi conclusions Teissier sur l'affaire Feutry : « La police et la gestion ne sauraient être ventilées, elles se pénètrent sans cesse... »

tre critérium pour engager ou dégager la responsabilité de l'Etat que son sens de l'équité exercé dans toutes les branches de l'Administration. « La jurisprudence administrative, disait M. Romieu, n'aliène plus d'avance son droit d'examiner en fait les espèces qui lui sont soumises ; elle peut ainsi, tout en se montrant très respectueuse des droits de l'Administration, tout en se refusant à ériger trop facilement les erreurs de direction ou d'exécution des services publics en quasi-délits administratifs à la charge du service, se réserver, du moins dans les cas graves, la possibilité de déclarer qu'il y a faute du service public de nature à engager la responsabilité pécuniaire de la puissance publique ».

Nous n'insisterons pas sur une jurisprudence trop connue pour en développer ici les détails ; dans l'arrêt du 18 avril 1902, Brugealais, le Conseil d'Etat déclarait « qu'en négligeant de signaler par un balisage l'écueil artificiel créé par elle, l'Administration avait commis une faute engageant sa responsabilité » ; — il allouait une indemnité : pour le dommage résultant d'actes de police ayant le caractère de mesures abusives (1) ; pour des mesures disciplinaires irrégulièrement prises à l'égard d'un sous-officier (2), pour le brusque licenciement d'un fonctionnaire communal (3) ; — il attribuait à une faute du service public dont l'Administration serait responsable l'accident provoqué par un coup de feu

(1) C. d'E. 27 février 1903, Zimmermann.

(2) C. d'E. 29 mai 1903, Le Berre.

(3) C. d'E. 11 décembre 1903, Villenave.

tiré par un gendarme (1) ; l'accident provoqué par un coup de feu tiré à balle et provenant d'une troupe en manœuvre (2) ; l'accident survenu à un particulier renversé par un gendarme lancé à la poursuite d'un malfaiteur (3) ; la mort d'un soldat tué par suite de l'imprudence d'un de ses camarades en service (4) ; l'accident causé par un établissement de tir dont l'autorité municipale avait négligé de s'assurer si l'emplacement et l'installation offraient des garanties suffisantes (5) ; le meurtre d'un particulier consommé par deux forçats que le service pénitentiaire avait laissés s'évader et avait ensuite insuffisamment recherchés en vue de les reprendre (6) ; etc., etc.

De cette jurisprudence du Conseil d'Etat se dégage une conception de la faute du service public qui nous semble refléter de la façon la plus mesurée et la plus exacte la vérité sur la question de la responsabilité de la puissance publique. Ce sont les idées que cette jurisprudence nous suggère que nous allons maintenant développer.

(1) C. d'E. 10 février 1905, Greco.

(2) C. d'E. 17 février 1905, Auxerre.

(3) C. d'E. 24 décembre 1909, Pluchard.

(4) C. d'E. 4 avril 1914, Martin-Justet.

(5) C. d'E. 22 juin 1914, Thevenet.

(6) C. d'E. 4 janvier 1918, Zulemano-Sinaïs.

III

La notion qu'il importe avant tout de mettre en vedette et à laquelle il convient de rattacher toute idée de responsabilité de la puissance publique, c'est celle du service public. Nous avons vu quelle place, par suite de l'extension en France du régime administratif, le service public avait prise dans la vie nationale. Comme après une longue sélection, cette idée du service public s'est dégagée des arrêts du Conseil d'Etat, et l'adoption de cette expression, faite de propos délibéré, est très significative des intentions de notre haute juridiction administrative.

La conception du service public, comme point central de la théorie de la responsabilité, présente en effet des avantages sérieux que nous mettrons brièvement en évidence.

Cette expression permet tout d'abord de grouper en une seule théorie les idées relatives à la responsabilité des trois grandes Personnes Morales du droit public : Etat, Département, Commune. Les services publics sont en effet nationaux, départementaux, communaux, et puisque l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence s'est faite pour accorder à leur responsabilité une nature spéciale, il importe de le marquer nettement en adoptant pour une théorie unique une expression unique.

C'est d'ailleurs sous cet aspect premier que la personne morale apparaît au public, qu'il s'agisse de l'Etat,

du Département ou de la Commune. Les services publics ont poussé si profond leurs racines dans l'activité quotidienne du peuple, que celui-ci ne songe plus, lorsqu'il traite avec un service public pour la satisfaction d'un besoin déterminé, qu'il a affaire avec une personne d'une nature spéciale, différente de ses cocontractants ordinaires. Il y a dans le service public tel qu'il est conçu de nos jours, dans sa forme commerciale et industrielle, un aspect tout nouveau et particulier de la vieille conception de la puissance publique (1) ; c'est parce que l'Etat a assumé dans la vie moderne la charge du fonctionnement des services publics que l'étendue de sa responsabilité s'est tellement développée, et cela il le faut indiquer, en mettant la notion du service public en évidence. Certes derrière le service public il y a la personnalité juridique de l'Etat, du Département, ou de la Commune, et si un particulier lésé dans sa personne ou dans ses biens ou dans ses droits, veut obtenir réparation du préjudice souffert, c'est à une de ces personnes morales qu'il s'adressera devant le juge. Mais il ne songera à elle que par une opération complexe de l'esprit. C'est le service public qui l'aura lésé par son fonctionnement défectueux, c'est le service public qu'il entendra poursuivre. Mais comme le service public n'est pas juridiquement personnifié, ce sera la personne morale dont il relève — Etat, Département ou Commune — qui supportera la charge du dommage causé.

(1) Duguit. *Les Transformations du Droit Public*.

Il est d'ailleurs nécessaire de faire appel à cette notion du service public, si l'on veut, suivant le grand principe que nous avons vu poser par les arrêts de Rôthschild et Blanco, organiser une théorie spéciale de la responsabilité de l'Etat. Car ce que ces arrêts mettaient en évidence, ce n'était pas seulement la nature particulière de l'Etat, mais aussi la nature, les besoins, les nécessités spéciales à *chaque* service. De même que les actes humains ont chacun des facultés propres suivant lesquelles s'apprécient subjectivement leur responsabilité, de même *chacun* des services publics a, sinon une nature spéciale, du moins des nécessités qui transforment aussi sa responsabilité. De même que l'on ne peut attribuer une même dose de responsabilité à un illettré, à un inconscient, à un mineur, à une femme, ou encore, car la notion d'urgence a parfois aussi ses applications en droit privé, à un individu en cas de légitime défense, de même chaque service public, d'après son degré de perfection ou ses nécessités, est susceptible d'un certain degré de responsabilité ; et il appartiendra au juge administratif d'attribuer à tel service la charge de la réparation, d'apprécier, d'évaluer, en tenant compte des éléments multiples inhérents à la nature du service ou aux circonstances mêmes de l'espèce, quelles en sont les responsabilités véritables.

IV

Mais une fois l'idée de service public posée à la base du système de responsabilité, par quelle voie réaliser

cette responsabilité, telle est la question qui se pose maintenant et à propos de laquelle il convient d'examiner, avec la brièveté que comporte ce sujet, la théorie du risque. Sur la fin du XIX^e siècle, un important essai doctrinal tenta, bien vainement d'ailleurs, d'en faire la théorie de droit commun en droit administratif. Sous l'impulsion d'esprits avides de conceptions nouvelles, un espoir nouveau s'était fait jour à une époque où le travail qui se faisait dans les milieux juridiques allait aboutir à la grande loi de 1898 sur les accidents du travail. Le caractère industriel dont s'imprégnaient chaque jour davantage les services publics, et leur ampleur anormale semblaient au premier abord justifier pleinement cette tentative.

« Toute personne, ainsi M. Esmein résume la théorie du risque (1), toute personne qui, pour atteindre un but quelconque, emploie des moyens qui peuvent faire courir un risque, offrir un danger, soit pour elle-même, soit pour d'autres, doit prendre à sa charge la responsabilité du dommage qui peut être causé. Devant avoir les profits de l'entreprise, modiques ou considérables, elle doit subir les pertes inhérentes aux procédés employés. Et cela alors même qu'il n'y aurait aucune faute proprement dite à lui reprocher, alors même qu'elle aurait pris toutes les précautions voulues, du moment qu'elle n'établirait pas une faute caractérisée, soit de la victime soit d'un tiers. Si l'accident s'est trouvé humainement inévitable, c'est qu'il constituait un risque inhérent à

(1) S. 1898. 1. 65.

l'entreprise, une suite, nécessaire en fait, du procédé dont on s'est servi. Celui qui trouvait un avantage à employer ce moyen, qui normalement devait en tirer profit, doit subir les conséquences de l'accident survenu. C'était à lui de bien connaître le procédé auquel il avait recours, d'en bien peser les avantages et les inconvénients. S'il s'est trompé dans son calcul ou si les mauvaises chances qu'il a dû prévoir se sont réalisées, la perte doit être à sa charge ».

Quel champ d'action plus favorable en apparence que l'activité de la gestion administrative pouvait trouver une pareille théorie. En premier lieu, l'institution même de l'Etat, organisme artificiel à qui de nombreux esprits réalistes répugnent à accorder la personnalité et qu'ils se refusent, par conséquent, à considérer sous l'angle de la responsabilité pour faute. En second lieu, une activité débordante, exceptionnelle dans la vie sociale, entreprise démesurée eu égard aux faibles ressources de l'activité humaine, considérée même dans ses possibilités d'association et d'union : et parallèlement à cette activité exceptionnelle, des risques de dommages, des dangers exceptionnels, pour lesquels déjà (en matière de travaux publics, par exemple), la loi avait été obligée d'intervenir pour établir par des dispositions positives la théorie du risque. En troisième lieu, le principe dominant en droit public de l'égalité de chacun devant les charges publiques, égalité rompue dès qu'un dommage particulier, *spécial*, est causé à un membre de la collectivité au cours d'une opération dont cette même collectivité est la bénéficiaire.

La valeur de ces arguments prenait encore dans l'enthousiasme général de l'époque plus de relief et d'attrait. Parallèlement à l'activité des civilistes en la matière, devait se développer, en droit administratif, une doctrine de la théorie nouvelle où les meilleurs esprits allaient s'engager. Ce fut notamment dans une note sous l'arrêt Lepreux, que M. Hauriou fit sur ce point une profession de foi sur laquelle d'ailleurs, devant la fermeté de la jurisprudence administrative, il devait, quelques années plus tard, revenir.

Non point que l'arrêt Lepreux ait un rapport plus étroit que les autres arrêts de responsabilité, avec la théorie du risque. Mais il devait attirer plus particulièrement l'attention, des commentateurs, par suite du caractère anormal et inattendu de sa décision. La jurisprudence administrative, partie de l'irresponsabilité absolue de la puissance publique, avait admis vers 1880, la responsabilité pour les actes de gestion et devait enfin l'admettre en 1905, pour les actes d'autorité. Sur ce dernier point où on avait déjà assisté à la réaction inquiétante de l'arrêt Larbaud (1), l'arrêt Lepreux marque dans le cours de l'évolution un temps nouveau de réaction brusque. Le sieur Lepreux ayant été grièvement blessé aux yeux par la bourre d'un canon que des forains venaient de tirer à proximité, et, atteint de cécité, ayant demandé réparation à l'Etat du préjudice causé par ses blessures qui l'avaient réduit à l'indigence,

(1) C. d'E. 23 juin 1882, rendu sur les conclusions Le Vavas seur de Précourt.

vit sa demande rejetée par le Conseil d'Etat (1): « Considérant, dit l'arrêt, que le sieur Lepreux se fonde sur ce que les auteurs de cet accident n'auraient pas été l'objet d'une surveillance suffisante de la part de la police, laquelle est exercée dans les communes du département de la Seine sous l'autorité du préfet de police, mais, considérant qu'il est de principe que l'Etat n'est pas en tant que puissance publique, et notamment en ce qui touche les mesures de police, responsable de la négligence de ses agents... »

Dans une longue dissertation en note de cet arrêt, M. Hauriou s'élève avec véhémence contre une pareille décision, et, l'attribuant à l'absence au sein du Conseil d'Etat d'une théorie relative au fondement de la responsabilité et au moyen de la réaliser, il proteste qu'une pareille décision n'aurait pas été rendue si le Conseil d'Etat avait appliqué la théorie du risque, — qu'il a déjà d'ailleurs adoptée, dit M. Hauriou.

Nous n'insisterons pas sur les quelques erreurs qui, par la faute de l'influence des idées dominantes à l'époque, se sont ainsi glissées dans la note de M. Hauriou, qui, d'ailleurs, la perspective ayant été rétablie grâce à quelque recul dans le temps, a remis au point toutes choses.

Le Conseil d'Etat n'avait pas adopté la théorie du risque ; l'arrêt Lepreux en est au fond la meilleure preuve ; tout au plus dans certains arrêts d'espèce, pou-

(1) C. d'E. 13 janvier 1899.

vait-il paraître y adhérer, mais ce n'était jamais sans quelque raison particulière. C'est ainsi que devant la loi sur les accidents de travail, il l'avait adopté dans l'arrêt *Cames* (1), pour les blessures reçues par les ouvriers. Mais nous avons vu que telle était sa ferme résolution de s'en tenir dans l'ensemble, et sauf exception justifiée, à la théorie de la faute, que même dans une matière comme les accidents de travail où le système du risque s'imposait, le Conseil d'Etat relevait, toutes les fois qu'il le pouvait, quelque part de défaillance du service, et allait même jusqu'à invoquer dans les considérants de ses décisions la faute de l'Administration, comme dans les arrêts *Maugère*, *Sengès*, *Portier*, etc. (2).

La théorie du risque telle qu'elle avait été conçue de prime abord, était en vérité vouée à un échec et se réduisit en fin de compte à une pure tentative doctrinale. Théorie exceptionnelle, système de complément, la grande erreur de ses partisans, fut de voir trop grand et de prétendre l'égaliser au droit commun. M. Hauriou lui-même devait reconnaître combien, pour avoir dépassé son but, l'effort avait été infructueux (3).

Dans sa note sous l'arrêt *Gréco* (4), il montre en effet que les principaux résultats que l'on prétendait atteindre avec l'idée de risque, étaient ou pouvaient être obtenus avec l'idée de faute : d'abord, qu'il est aussi facile

(1) C. d'E. 21 juin 1895, rendu sur les conclusions *Romieu*.

(2) C. d'E. 17 février 1896; — 3 décembre 1897; — 17 décembre 1897.

(3) S. 1918. 3. 15.

(4) S. 1905. 3. 113.

avec le système de la faute de décharger les agents engagés dans une certaine entreprise et de faire passer leur responsabilité à l'Administration ; que même dans une certaine mesure « raisonnable », on pouvait affranchir la victime de la charge de la preuve (1). M. Hauriou s'attachait d'autre part à montrer la supériorité de la vieille théorie de la faute : son ancienneté, d'une part, sa force, sa valeur traditionnelle ; sa valeur morale, d'autre part, au contraire de la théorie du risque, elle représente les accidents comme évitables.

Pour nous, préoccupé de l'objet de notre étude, du rapport de la responsabilité des agents avec celle des Administrations publiques, nous marquerons surtout combien, en s'en tenant même à cet aspect particulier de la question, on est amené à préférer, à adopter le système de la faute. C'est de ce côté, en effet, qu'il faut surtout chercher, nous semble-t-il, en droit administratif, la supériorité de la conception traditionnelle.

Or, si l'on veut considérer la question sous l'angle de l'activité des fonctionnaires, il apparaît non seulement que l'adoption d'un système basé sur la faute est préférable, mais encore que celui du risque entraînerait de tels bouleversements qu'il se heurte, pour ainsi dire, à une impossibilité de fait.

D'une part en effet, comme le fait remarquer M. Hauriou, avec un système basé sur la faute, l'Administration « pourra stimuler la diligence de ses agents de façon à

(1) Cf. infra § VI.

ce qu'ils ne la mettent pas en faute, c'est-à-dire qu'elle pourra relever le niveau du service public, tandis que la théorie du risque ne pourrait que l'abaisser ».

Mais il faut reconnaître surtout que l'adoption de la théorie du risque équivaldrait d'autre part à la suppression de fait de la responsabilité personnelle du fonctionnaire, ce qui, étant donné l'esprit d'équilibre de notre régime administratif, n'est ni souhaitable ni probable.

On peut en effet reprocher au subtil système français de répartition des responsabilités son imprécision, ses difficultés d'application pratique tenant à sa subtilité même. C'est néanmoins un système qui, à l'expérience a fait ses preuves et dont les deux jurisprudences administrative et judiciaire ont su merveilleusement tirer parti. Si nous adoptons la théorie du risque, tout l'édifice est jeté à bas.

M. Hauriou lui-même s'en apercevait bien, qui, dans sa note sous l'arrêt Lepreux, après avoir montré que la théorie de la faute pouvait faire craindre l'avènement d'un système de cumul, écrivait : « Si au contraire on part de l'idée d'accident, ce cumul disparaît : l'entreprise a la charge des accidents, voilà tout. Quant à la question de savoir si le préposé, auteur de l'accident conserve une responsabilité personnelle, c'est une autre affaire ».

Qu'arriverait-il, en effet, si nous adoptions en droit administratif la théorie du risque comme théorie de droit commun, si nous posions comme principe que l'Adminis-

tration est responsable même sans faute de tout accident dû au fonctionnement de ses services publics. Comme il est nécessaire que la base de la responsabilité du fonctionnaire soit et demeure la faute appréciée subjectivement, le moindre mal qui pouvait alors subvenir serait l'éclosion d'un système de cumul beaucoup plus large encore que celui que M. Hauriou redoute précisément avec la théorie de la faute. Puisque, avec le risque, l'Administration est toujours responsable du dommage causé, il y aurait cumul toutes les fois que l'on pourrait en même temps relever la faute particulière d'un agent. Mais ce système démesuré de cumul ne serait encore qu'un moindre mal, car il est bien plus probable que, l'Administration étant toujours responsable, et aussi toujours solvable, ce serait surtout à sa caisse, dès lors bien largement ouverte, que le particulier lésé irait directement s'adresser sans tenter en même temps des poursuites délicates à cause de la preuve, et probablement infructueuses si le dommage est grave, contre l'agent coupable.

Ainsi avec la responsabilité pour risque, la responsabilité de l'agent disparaissait en fait. Il était donc impossible que notre haute juridiction administrative consacrat, autrement que dans des cas exceptionnels, une théorie de responsabilité, qui dégageant les fonctionnaires de toute menace personnelle, allait à l'encontre de toutes les idées traditionnelles sur ce point, et pouvait par suite entraîner un régime d'incurie et de laisser-aller, inconnu jusqu'à ce jour dans les services publics.

Le Conseil d'Etat d'ailleurs, nous l'avons vu, n'avait jamais abandonné la conception traditionnelle de la faute, à laquelle il nous faut maintenant revenir.

V

Une des raisons pour lesquelles la construction d'un système d'ensemble de la responsabilité de la puissance publique rencontra tant de difficultés réside dans la manière défectueuse dont, par suite des circonstances, se posa le problème à l'origine. Il est rare qu'en cette matière il ne faille à tout propos remonter à la querelle de compétence dénouée par l'arrêt Pelletier ; nous en trouvons ici une occasion nouvelle.

La question qui se posa en 1873, était de savoir, en vue d'éclairer le partage des compétences, quand une faute du fonctionnaire était personnelle et devait rester à sa charge, quand administrative et couverte par l'Administration. La question posée sur le seul terrain de la faute de l'agent y demeura lorsque les idées sur la responsabilité de l'Administration se furent développées avec l'extension de l'activité des services publics. Le problème s'énonça seulement sous la forme suivante : cette faute, dite administrative parce que non personnelle, et que la personne morale couvrait, ne devait-elle pas, dans des cas déterminés, engager la responsabilité de cette personne morale. Et ainsi se trouva posée et se développa la question dite de « la responsabilité de

l'Administration pour faute de ses agents », dont la solution délicate dépendait d'abord de la distinction entre la faute personnelle et la faute administrative, puis d'une seconde distinction entre les fautes administratives suivant leur degré, abstraction faite même de la question de l'article 1384, sur laquelle il fallait encore épiloguer. Ayant comme point de départ la faute du fonctionnaire, il est évident que la théorie particulière de la responsabilité des Administrations publiques ne pouvait avancer beaucoup. C'était, en effet d'une part, l'envisager sous un angle beaucoup trop restreint, ne voir qu'un côté de la question ; et d'autre part, ne considérer que ce côté de la question, c'était déformer, dès le principe, tout le problème.

En vérité, la théorie de la responsabilité de l'Etat est pleinement indépendante de l'arrêt Pelletier dont on ne peut déduire que la faute personnelle ; la faute de l'Administration, ou, à proprement parler, la faute du service public, ne saurait être dégagée, à l'aide de cette distinction ; elle en dépasse la portée, et s'exerce dans une sphère différente.

« Quand on se préoccupe des questions relatives à la responsabilité de l'Etat, dit M. Teissier (1), c'est surtout à l'idée de dommage qu'il faut s'attacher, beaucoup plutôt qu'à l'idée de faute des représentants ou des agents de la puissance publique. Ce n'est pas, en effet, seulement l'erreur, l'acte illégal, la négligence, la faute,

(1) Teissier, *op. cit.* n° 53.

en un mot d'un fonctionnaire de tel ou tel service qui peut causer un dommage ; ce peut être la mauvaise organisation de ce service, son fonctionnement défectueux, sans qu'on allègue même la moindre faute à l'encontre d'un agent. C'est le service public, c'est la machine gouvernementale ou administrative elle-même, qui, dans ces divers cas, est la cause du dommage. »

Si nous interrogeons les arrêts du Conseil d'Etat qui reconnaissent la responsabilité de l'Etat, nous y voyons que souvent certes cette responsabilité est fondée sur la faute des agents du service public incriminé. De très nombreuses décisions relèvent des faits imputables, soit à certains agents déterminés, soit plus souvent « aux agents de l'Administration » en général (1).

Il ne faut point cependant retenir cette expression « d'agent de l'Administration » pour en déduire que le Conseil d'Etat recherche la faute des agents comme nécessaire pour baser la responsabilité du service. Le plus souvent, d'une part, si l'incurie des fonctionnaires est ainsi mise en évidence, c'est dans un intérêt pratique de preuve (2). Alléguer qu'un service a mal fonctionné est une charge difficile pour un particulier lésé. La faute, la négligence d'un ou de plusieurs fonctionnaires est pour lui plus facilement discernable. Il ne faut

(1) C. d'E. 26 janvier 1906, Arnoult ; 30 juillet 1897, Lloyd Anglais ; 17 janvier 1902, Saffrey ; 27 février 1903, Zimmermann ; 18 mars 1910, Fromont ; 28 juillet 1911, la Foncière.

(2) C. d'E. 6 février 1903 Camp. ; 25 mai 1906, de Léontieff ; 27 février 1907, Cuny.

donc point s'étonner si, dans la plupart des cas où l'Etat est poursuivi, le requérant base son action sur des faits dont certains agents sont les auteurs, sans d'ailleurs que la question de faute personnelle se pose. Mais d'autre part, dans les espèces où la faute des agents de l'Administration est ainsi relevée, en termes imprécis, elle sert à stigmatiser l'incurie, la négligence de tout un personnel, et c'est alors une responsabilité où les personnalités se fondent et disparaissent pour ne plus laisser apparaître que l'idée du service qui a mal fonctionné. Quand il y a faute de tout le monde, il n'y a faute de personne, et un service où tout les agents sont coupables d'un relâchement général dans l'exercice de leurs fonctions, est un service qui, par son niveau médiocre de fonctionnement, mérite d'endosser la charge des dommages qu'il causera aux particuliers.

D'ailleurs, à partir d'une certaine date, et notamment des conclusions de M. Teissier dans l'arrêt Feutry, le Conseil d'Etat ne relève plus, dans bien des espèces, la faute ou l'imprudence des agents. Il déclare purement et simplement que l'accident dont le requérant demande réparation, est dû à l'organisation et au fonctionnement défectueux du service public, ce qui revient à l'idée déjà rendue par l'expression de *faute de service public* que nous avons montrée tout à l'heure se dégageant de sa jurisprudence (1).

(1) Conseil d'Etat, 5 janvier 1906, Cornu ; 10 avril 1908, Tauzin ; 8 mai 1908, Guillonet ; 24 décembre 1909, Pluchard ; 10 mars 1911,

On peut donc en définitive se trouver en présence de trois catégories d'espèces : 1° celles, comme l'affaire Zimmermann (1) où l'Administration consent, pour des raisons déterminées, à prendre à sa charge la faute individuelle caractérisée, d'un ou de plusieurs fonctionnaires ; — 2° celles, comme les arrêts Feutry ou Anguet (2), où la responsabilité du service est engagée par la faute déterminée de tout un personnel, faute collective où les responsabilités de chacun se fondent et disparaissent ; la responsabilité est ici tellement subdivisée, éparpillée, qu'il est impossible d'attribuer à chaque agent sa part individuelle ; — c'est le cas du bureau de postes fermant avant l'heure, ce qui indique un relâchement général du service, imputable aussi bien aux petits fonctionnaires, qu'aux fonctionnaires de direction ; — 3° celles mêmes enfin comme les affaires Bruegalais et Høgestrand (3) où il est en fin de compte impossible de retrouver, en quelque mesure que ce soit, la faute d'un ou plusieurs agents, ou même d'un personnel ; chacun a fait ici son devoir de fonctionnaire, sans relâchement comme aussi sans excès de zèle, et cependant un dommage a été causé qu'il eut été dans la ligne du service d'éviter. Non point que l'on tombe dans ce dernier cas dans la théorie du risque, mais, sans

Hédouin ; 24 février 1912, Viguerte ; 24 mars 1916, Quenot ; 25 janvier 1918, Massé.

(1) -Cons. d'Etat 27 février 1903.

(2) Cons. d'Etat, 29 février 1908, et 3 février 1911.

(3) C. d'E. 18 avril 1902 et 6 janvier 1899.

qu'on puisse relever la moindre faute des agents, il est possible par contre de relever une défaillance du service public, eu égard aux obligations que lui imposent sa loi et l'esprit de sa loi. Tout ce que l'on peut dire en somme, c'est, en employant la formule du Conseil d'Etat, que le service a mal fonctionné, qu'il a fonctionné à faux, que par conséquent il est responsable.

L'énumération de ces trois catégories d'espèces montre combien étroite était la manière primitive de poser le problème de la responsabilité des Administrations en ne considérant que la faute de l'agent comme source. A la vérité, la responsabilité des Administrations peut être engagée d'une façon bien plus large que l'on ne semblait l'envisager à l'origine. Il est d'autre part facile de concevoir par la seule énumération que nous avons faite des trois sources de responsabilités que le seul point de vue de la faute des agents ne peut donner qu'une idée fausse de la nature du problème et de sa solution. Le véritable point de vue est celui de la défaillance du service public : les trois sources que nous venons d'énumérer, sans considérer en effet les éléments différents qui les composent, se fondent pour constituer une faute du service public, qui sera identique de nature dans tous les cas, et sur l'évaluation de laquelle la question de l'origine ne peut influer.

Nous retrouvons donc ici en fin de compte cette notion de service public sur laquelle tout le système de responsabilité des Administrations publiques est basé par la jurisprudence administrative, et que ce rapide

examen des sources de cette responsabilité vient encore fortifier de deux considérations nouvelles.

Rattacher à l'idée du fonctionnement défectueux des services publics la responsabilité des Administrations, c'est éluder commodément la question épineuse de l'application en droit administratif de l'article 1384. Pour les espèces tout d'abord où la source de la responsabilité réside dans la faute d'un personnel ou dans la défaillance du service lui-même, aucune difficulté, la question ne se pose pas : le service est responsable, parce qu'il est en défaut. Mais au fond, elle ne se pose pas davantage quand c'est la faute caractérisée d'un fonctionnaire déterminé qui doit entraîner la responsabilité de l'Administration. La prédominance de l'idée de service public transforme le problème. Il n'est plus question alors de considérer le fonctionnaire dans ses rapports avec la personne morale ; la question du contrat spécial qui les lie n'intervient plus ; la faute même de l'agent n'est plus considérée en soi : l'agent n'est plus alors envisagé que comme un rouage du service qui, ayant mal fonctionné entraîne la responsabilité de ce service ; et c'est seulement en tant que mauvais fonctionnement du service que sa faute est appréciée, c'est-à-dire sur une échelle et dans une sphère différente.

En second lieu, rattacher à l'idée du fonctionnement défectueux du service public la responsabilité des Administrations, c'est éluder la difficulté théorique de la responsabilité des personnes morales, et celle même de la personnalité morale. La jurisprudence administrative

ayant toujours affirmé que, contrairement au droit commun, la responsabilité de l'Etat et celle des Administrations publiques sont des responsabilités directes, cette doctrine se heurtait aux théories qui, comme celle de M. Duguit, dénie à l'institution de l'Etat d'autre caractère que celui d'une simple fiction, incapable, puisque sans personnalité réelle, de la moindre responsabilité. Ici également, la mise en évidence de l'idée de service public a transformé la question. Quelque théorie que l'on adopte en ce qui concerne la nature juridique de l'institution de l'Etat, le service public doit fonctionner dans l'intérêt du public, et si son fonctionnement irrégulier ou anormal entraîne un préjudice pour un particulier, celui-ci sera fondé à en demander la réparation. Il n'est plus alors question d'envisager la responsabilité de l'Etat eu égard à l'ensemble de son institution, mais seulement de détacher de cet ensemble une branche d'activité administrative, pour, de celle-ci considérée en soi, détacher la défaillance particulière entraînant le dommage spécial qui permettra et fondera l'action en responsabilité. Mais, les développements qui précèdent nous ayant montré l'impossibilité d'accepter le risque comme base de cette responsabilité, il s'agit d'allier, d'adapter la notion de faute à la notion de service public, ce qui est la tâche que nous allons maintenant entreprendre.

VI

Ayant donc détaché le service public de la personne publique, Etat, Département ou Commune, pour l'envisager sous le point de vue de la responsabilité, s'il nous faut maintenant adapter l'idée de faute à l'idée de service public, nous dirons que cette faute est une faute objective, et qu'elle consiste pour le service public en un manquement à sa loi.

En droit privé, la faute est par définition un manquement à une obligation. Un individu est en faute pour avoir manqué soit à ses obligations légales soit à ses obligations morales (1). En droit administratif, la faute est également un manquement à des obligations ; mais ces obligations ne sont pas de même nature.

Un système parallèle au droit commun doit être appliqué au droit administratif. Il ne peut être question pour le service public d'une responsabilité ordinaire ; son activité est en effet mise en jeu par des individus qui, dans une certaine mesure, sont distincts de lui ; mais surtout, on ne peut appliquer les principes qui régissent les hommes dont l'activité est libre et possède un champ d'action illimité, à cette sorte de mécanisme artificiel qu'est le service public, créé par la loi de l'homme dans un but déterminé, et dont l'activité est spécialisée dès l'origine.

Avec cette loi humaine positive à sa base, loi qui

(1) Planiol, *Droit Civil*, 8^e éd., tome II, n^o 863 et s.

détermine le but de son action, les modalités de cette action, et qui d'une façon générale prévoit minutieusement l'ensemble de l'exercice de sa gestion, le service public a son activité réglée dont il ne se devra point départir. Des pouvoirs spéciaux et déterminés seront affectés à son action pour la mener à bonne fin ; des limites soigneusement tracées à cette action ; rien d'imprévu dans le fonctionnement d'un service public. C'est dans cette loi qui est son principe qu'il faut chercher la base de la responsabilité du service.

« Sans doute, comme le dit M. Michoud (1), dans le fonctionnement de cette énorme machine qui s'appelle l'Etat, l'accident consistant dans un abus dû au dépassement involontaire de pouvoirs ne peut pas être entièrement évité. Mais c'est là une sorte de risque qu'il faut mettre à la charge de ceux dont l'intérêt de qui fonctionne le service, c'est-à-dire à la charge de la collectivité. On n'aboutit pas par là à établir une véritable théorie du risque ; car le risque dont il s'agit, n'est pas le risque de tout accident provenant des services publics, c'est seulement le risque de cet accident spécial qui s'appelle une faute administrative, une faute du service public et qui consiste de la part de l'Administration à avoir dépassé son droit, que ce soit volontairement ou par négligence ou par erreur. »

Ce passage de l'éminent juriste éclaire à notre avis d'un jour singulier toute cette matière. Nous dirons donc

(1) Michoud, *La personnalité morale*, tome II, p. 278.

qu'il y a faute du service public quand il y a manquement à l'obligation préexistante dont la règle domine le fonctionnement du service. Sans doute cette obligation diffèrera profondément par nature de l'obligation qui pèse sur l'activité humaine, et qui se divise elle-même en obligations si diverses soit d'ordre légal soit d'ordre moral. Pour le service public, il n'y a qu'une loi, celle qui régit son organisation et son fonctionnement, et c'est le manquement à cette loi qui constitue sa faute.

D'autre part à l'appréciation subjective nécessaire pour évaluer la responsabilité de droit commun se substitue ici l'appréciation matérielle de deux éléments objectifs : d'une part, la conformité de l'acte dommageable au but de service, d'autre part, le rapport de cet acte avec l'activité normale, moyenne du service. Ainsi nous appelons la faute du service public une faute *objective* parce que l'appréciation de cette faute est une appréciation d'éléments objectifs (1).

(1) La faute est un manquement à une obligation. La faute administrative est également un manquement à une obligation, à l'obligation du service, à l'obligation d'un service normal et régulier, à l'obligation d'une bonne gestion. Le service public est institué dans l'intérêt de tous ; il faut donc qu'il fonctionne régulièrement et droit au but ; l'intérêt général autorise même parfois des procédés exorbitants, mais il faut que le service fonctionne ; ce fonctionnement du service, vie matérielle d'un organisme artificiel, pourra entraîner une responsabilité, mais il faut une faute ; car la réparation du dommage exige deux éléments : le préjudice et la faute ; dans cette faute du service, il ne saurait y avoir ni mauvaise foi, ni malice, ni intention quelconque ; la faute de l'individu peut être un défaut de savoir, de prudence, et

Deux catégories d'actes sont susceptibles d'engager la responsabilité de la puissance publique : d'une part, des actes matériels dommageables, se rattachant au fonctionnement d'un service public, d'autre part des actes juridiques illégaux ou irréguliers ou des décisions ayant ce caractère. Examinons brièvement les circonstances qui, pour chacune de ces catégories d'actes, constituent la violation de la loi du service qui engage la responsabilité de la puissance publique pour faute.

A. — En ce qui concerne les actes matériels dommageables se rattachant au fonctionnement d'un service public, la faute se produit de deux manières.

Il y a d'abord faute quand il y a violation flagrante de la règle positive, loi ou règlement, soit par des actes positifs soit par des omissions. Ici la faute ne peut faire de doute : elle est éclatante et la jurisprudence du Conseil d'Etat nous en donne des exemples nombreux (1) ;

aussi une intention de nuire, elle peut constituer un empiètement abusif sur le droit d'autrui ; elle peut même finir par entrer dans le domaine pénal, par relever du code pénal. La faute du service n'a pas les mêmes caractères, parce que l'obligation est différente ; le service est en faute parce qu'il n'a pas bien fonctionné ou qu'il a, pour ainsi dire, trop bien fonctionné, eu égard à tel particulier ; c'est alors qu'il y a violation de la loi du service, entraînant responsabilité du service. — Mais si le dommage est le fait personnel d'un agent déterminé, l'acte change de caractère, ce n'est plus un acte administratif, ce n'est plus même une violation de la loi du service, ce n'est plus rien que l'acte personnel d'un homme privé, acte qui relève du droit commun : changement complet de domaine.

(1) Voir notamment C. d'E. 22 juin 1914, Thévenet.

ainsi la responsabilité de l'Etat est encourue à raison d'une manœuvre de vannes, ou d'un défaut d'éclairage d'un écueil dans un canal, contrairement aux dispositions prévues au décret du 8 octobre 1901 (1).

Il y a ensuite faute lorsque, même dans le silence des règlements, l'Administration manque ou contrevient aux obligations qui sont de l'essence même du service public dont elle est chargée. Et ceci peut être rapproché de l'obligation morale du droit commun, mais comme une sorte d'obligation morale particulière, objective, car bien entendu il ne peut être question ici, pour la machine administrative, de ces arrière-pensées qui constituent le plus souvent la faute humaine, qui sont le domaine essentiel de la morale humaine. Les arrêts du Conseil d'Etat en cette matière ne sont pas moins nombreux ni moins significatifs que dans le premier cas (2).

Par contre, la plupart des arrêts du Conseil qui écartent la responsabilité de l'Administration, motivent cette décision en considérant que le service n'a manqué à

(1) C. d'E. 18 mars 1910, Fromont ; 10 mars 1911, Larue.

(2) C. d'E. 22 mars 1907, Fournier : « consid. que si l'Administration n'est pas tenue en principe de placer des appareils d'éclairage dans les eaux maritimes, elle a commis une faute dans l'espèce, en ne signalant pas la nuit, par une bouée lumineuse, la présence d'une épave constituant un danger exceptionnel pour la navigation, et d'ailleurs devenue, par suite de son abandon, la propriété de l'Etat qui en avait la garde ; que dans ces circonstances le requérant est fondé à soutenir que la responsabilité de l'Etat est engagée. » — Voir aussi 17 février 1905, Auxerre ; 28 juillet 1911, La Foncière ; 19 juillet 1912, Grand.

aucune de ses obligations ni commis d'erreur ou de négligence (1).

B. — En ce qui concerne les actes juridiques dommageables, ceux dont nous disions dans la deuxième partie de cette étude qu'il pouvait être question de leur nullité ou de leur validité, les décisions exécutoires en un mot, au sens où l'entend M. Hauriou, la question, pour se poser différemment, n'en demeure pas moins au fond la même.

Pour que ces actes juridiques constituent bien une faute imputable à l'Administration, il faut qu'ils soient entachés d'illégalité, d'irrégularité. Comme le dit M. Teissier (2) « Il y a lieu d'écarter toutes les demandes en dommages intérêts qui ne seraient pas fondées sur l'illégalité de l'acte. » Mais l'illégalité une fois reconnue entraîne en principe comme corollaire, la reconnaissance d'une faute. Elle ressortira le plus souvent de l'annulation de l'acte par décision du Conseil d'Etat sur recours pour excès de pouvoir.

Il y aura d'abord faute quand il y aura violation flagrante de la règle positive, violation formelle et évidente, comme cela ressortira quand le recours sera fondé sur un des trois premiers cas d'ouverture : incompétence, vice de forme, violation de la loi et des droits acquis (3).

(1) C. d'E. 29 mars 1901, Mersanne ; 10 avril 1908, Touzin ; 10 mars 1911, Hédouin ; 23 juin 1911, Durand ; 7 juillet 1911, Tissot ; 19 janvier 1912, Pays ; 23 octobre 1912, de Galard.

(2) Teissier, *op. cit.*, n° 160.

(3) La faute n'entraînera d'ailleurs responsabilité de l'Administration que si elle est caractérisée. Voir *infra*, § VII.

Il y aura ensuite faute pour violation de l'esprit de la loi, quand le recours sera fondé sur le quatrième cas d'ouverture, sur le détournement de pouvoir (1).

Nous nous arrêterons quelque peu sur cette quatrième ouverture, car elle paraît au premier abord présenter, vis-à-vis des autres, une certaine différence : en effet, pour l'appréciation des autres formes d'excès de pouvoir, incompétence ou vice de forme par exemple, il ne peut y avoir de doute : cette appréciation est objective, formelle ; avec l'appréciation du détournement de pouvoir qui réside dans les intentions, dans les motifs, on peut se poser la question de savoir si l'on ne rentre pas *a priori* dans le domaine du subjectif, et s'il ne faut pas faire pour le détournement de pouvoir une exception par laquelle la faute du service public ne serait pas toujours une faute objective ; mais il n'y a là qu'une apparence.

Comme les trois autres formes d'excès de pouvoir, le détournement de pouvoir s'établit objectivement ; et c'est d'ailleurs là la raison pour laquelle il est parfois si délicat à établir en fait. La preuve en doit être une preuve matérielle, tangible, ressortant du dossier lui-même, soit qu'elle puisse être dégagée de la contexture même de la décision attaquée, soit qu'il faille la rechercher dans les autres pièces du dossier, instruction, avis, délibérations, etc., soit enfin qu'elle puisse être atteinte à l'aide d'un simple raisonnement *a priori*. Mais comme

(1) C. d'E. 12 juillet 1912, Perpère ; 2 mai 1913, Remenant.

le dit M. Darèste (1) le juge « ne se livre à aucune investigation. Il faut que le détournement de pouvoir ressorte du dossier. »

Aussi bien le détournement de pouvoir ne sera pas reconnu lorsque l'acte attaqué exprime un motif légal et ne présente aucune apparence suspecte, et d'autre part on n'entrera dans le domaine du subjectif que lorsque, une fois le détournement de pouvoir reconnu, le requérant essaiera de prouver qu'il a été accompli dans un but d'intérêt privé et qu'il constitue une faute personnelle de l'agent. Cette question ne se posera que devant les tribunaux judiciaires qui, d'après les principes du droit commun, scruteront les mobiles, les intentions du fonctionnaire ; mais devant les tribunaux administratifs, la faute du service public est, quand il y a lieu, dégagée d'une manière objective, aussi bien en cas de détournement de pouvoir qu'en tout autre cas.

★ ★

Donc faute objective, mais faute tout de même. La responsabilité de l'Administration ne sera pas engagée à propos de tout accident survenu à l'occasion du fonctionnement de ses services publics ; il est nécessaire, pour engager cette responsabilité, d'invoquer, eu égard aux flottements normaux du service, un errement anormal, une organisation défectueuse ; la conséquence de

(1) Dareste, *op. cit.* p. 388.

l'adoption de la théorie de la faute est la nécessité de relever une « défaillance » du service public, et notamment la nécessité pour le requérant d'apporter la preuve de cette défaillance.

Les partisans de la théorie du risque invoquaient comme un des arguments déterminants en faveur de cette théorie qu'elle avait l'avantage de décharger le requérant de la charge de la preuve, charge le plus souvent écrasante en matière de droit administratif, par suite de la difficulté pour un particulier de fouiller dans les arcanes de l'Administration. M. Hauriou lui-même, quand, revenant sur une opinion antérieure, il se rallia à la théorie de la faute, essaya de montrer (1) que, tout autant que dans la théorie du risque, on pouvait dans la théorie de la faute dispenser le requérant de cette charge. Mais nous ne pensons pas qu'il soit opportun de s'engager dans une pareille voie ; il convient de demeurer dans la théorie de la faute, et de la faute à prouver, si l'on ne veut pas que le service public, pour un prétexte quelconque, soit de la part de citoyens processifs l'objet de multiples recours qui entraveraient son fonctionnement.

Aussi bien les arrêts du Conseil d'Etat, où la question de la preuve est envisagée, ne laissent-ils point de doutes à cet égard ; la majeure partie des décisions de rejet est fondée sur le considérant que le requérant n'a pas

(1) Note précitée sous l'arrêt Greco,

fourni la preuve de la faute, la preuve du vice particulier d'organisation ou de fonctionnement du service.

Dans une de ses remarquables chroniques de jurisprudence (1), M. le professeur Jèze a parfaitement établi deux principes sur lesquels cette matière est basée ; d'abord l'Administration ne peut empêcher certaines défaillances du service ; de même qu'un simple particulier, l'Administration, *mutatis mutandis*, ne peut être tenue de la *culpa levissima* ; — d'autre part, la présomption est que le fonctionnement des services publics est normal ; c'est là un principe de procédure très ancien : la présomption est favorable au défendeur.

Il ne suffira donc pas que le requérant allègue simplement le dommage souffert ; il ne suffira pas non plus qu'il s'appuie sur une simple présomption. Il doit invoquer une faute et prouver cette faute, tel est bien le principe.

Deux arrêts récents en sont l'illustration la meilleure : le 4 janvier 1918, le Conseil d'Etat, jugeant deux affaires analogues, les tranchait par deux décisions contraires : dans les espèces des affaires Sinaïs et Duchesne, il y avait lieu d'apprécier la responsabilité de l'Administration pénitentiaire pour crimes commis par des détenus qu'elle avait laissé s'évader. Mais tandis que dans l'affaire Duchesne, le demandeur qui s'était uniquement fondé sur l'évasion pour attaquer le service public, voyait son action rejetée ; dans l'affaire Sinaïs, au

(1) *Revue de Droit public*, 1918,, p. 401.

contraire, le recours était admis et l'Administration condamnée parce que le demandeur avait invoqué une négligence spéciale : en effet, après l'évasion du forçat, l'Administration ne s'était livrée à aucune recherche sérieuse pour le reprendre, alors même que l'on connaissait approximativement le lieu de son refuge, ce qui, dit l'arrêt, constitue à la charge du service « une faute manifeste et particulièrement grave de nature à engager la responsabilité de l'Etat ». — Rien ne montre mieux que la comparaison de ces deux arrêts, qu'il ne suffit pas pour le requérant de présumer la faute, de la déduire par le raisonnement de tel ou tel fait. En l'espèce, le Conseil d'Etat déclare qu'aucune mesure ne peut être prise pour rendre toute évasion impossible. Il exige que le requérant lui montre du doigt, allègue d'une manière précise la faute particulière, la défaillance déterminée, source du dommage souffert, et dont la responsabilité de l'Administration découlera ensuite par un simple raisonnement de cause à effet.

Nous touchons là à une caractéristique essentielle de cette théorie spéciale de la faute du service public ; le mode de preuve en diffère essentiellement de ceux du droit commun où le requérant est tenu d'administrer une preuve entière et formelle, d'après une procédure réglée suivant certains moyens classés par ordre de valeur. En droit administratif, l'impossibilité où sont les simples citoyens de pénétrer dans le secret de l'Administration pour y saisir le document probant, et aussi le souci de préserver l'Administration de ces enquêtes

privées qui ne sauraient que la gêner, ont fait rejeter du contentieux administratif cette partie du formalisme rigoureux qui est en droit privé la plus sûre de nos garanties. Aussi, par une de ces souples combinaisons que l'on ne rencontre que dans le droit prétorien, le juge administratif se charge-t-il lui-même de l'instruction. Ses rapports avec l'Administration active, avec laquelle il faisait corps autrefois, sont encore aujourd'hui mal délimités ; celle-ci aura moins de scrupules à se soumettre aux investigations d'un juge qui est en quelque sorte une partie d'elle-même. Le juge administratif fera donc lui-même l'instruction ; à la différence du juge judiciaire qui prononce sur les pièces et témoignages produits devant lui, c'est lui qui se charge de réunir pour les apprécier ensuite les éléments de la cause : — Quant au rôle du demandeur, pour aussi simplifié et allégé qu'il soit, il n'en aura pas moins son importance ; c'est à lui qu'il appartiendra, non pas de *prouver* (au sens strict du mot), mais d'*alléguer* la faute, la défaillance précise du service (1), c'est lui qui signalera la défectuosité par laquelle un tort lui a été fait, qui indiquera en quelque sorte au juge la route à suivre ; le juge alors cherchera lui-même la preuve, et, selon qu'il est dit au commencement de chacun de ses arrêts, « l'instruction établira » si les allégations du requérant étaient ou non fondées (2).

(1) Ce sont les termes mêmes dont se sert le M. le professeur Jèze dans la note précitée.

(2) Le fait même que le requérant n'apporte pas la preuve de ce

Ainsi, sous cet angle de la preuve, se révèle à nouveau la physionomie toute spéciale de cette faute du service public, faute objective, qui consiste pour le service en un manquement à sa loi.

VII

Du fait d'ailleurs que l'appréciation de la faute du service public est une appréciation d'éléments objectifs, il n'en faut pas déduire qu'elle diffère sensiblement dans la plupart des cas de la façon dont les fautes sont appréciées en droit commun. Seulement ici l'élément humain, l'élément subjectif fait défaut. Mais dans certaines manifestations de son activité où, par l'intermédiaire de ses agents, l'Administration agit comme un homme parmi les hommes, notamment dans certains actes matériels d'exécution du service, il n'y a pas de raison pour que l'appréciation de la faute du service ne soit pas analogue à celle à laquelle procéderait le juge de droit commun, en ce qui concerne des obligations professionnelles ou même à des obligations inhérentes à un service public exercé par un concessionnaire (1).

qu'il allègue n'empêche pas le juge de poursuivre son instruction; voir arrêt Duchesne: « considérant que le requérant n'a pas fourni cette preuve, et que l'instruction n'a révélé, etc.. ».

(1) Dans un accident d'automobiles par exemple, il n'y a pas de raison pour que la faute du chauffeur de l'Administration ne s'apprécie pas comme celle d'un simple particulier.

Et de toutes façons, si la responsabilité de l'Administration reste toujours soumise en quelque manière à une appréciation spéciale, pour les raisons que nous avons analysées plus haut, il n'en est pas moins vrai que les divers éléments qui dans l'appréciation de la faute de droit commun entrent en ligne de compte, se retrouveront dans l'évaluation de la faute administrative, quoique avec peut être une influence différente, une sorte de coefficient différent, soit pour aggraver, soit pour atténuer la faute du service, soit encore même pour exonérer celui-ci de toute responsabilité. Dans ce sens, les tribunaux administratifs relèvent souvent, par exemple, la faute de la victime (1), et tiennent compte pour l'évaluation de l'indemnité à accorder, de la part de causalité qu'elle a eu dans l'accident.

L'Administration ne saurait être enfin rendue responsable des accidents causés par des cas de force majeure. Mais ici il faut distinguer, avec la belle note de M. Hauriou sous l'arrêt Ambrosini (1), la *force majeure*, circonstance imprévue, extérieure à l'entreprise, comme un tremblement de terre, une invasion, un cyclone, et le *cas fortuit*, circonstance également imprévue, mais intérieure au point de vue de l'entreprise, comme une explosion de chaudière ou un coup de grisou. Un exemple pris dans la matière spéciale des travaux publics fera mieux comprendre la différence: un entrepreneur monte un han-

(1) C. d'E., 11 avril 1913, Rieu.

(2) S. 1912, 3, 161. -

gar : il pourra se produire dans l'opération des accidents de montage auxquels nul entrepreneur ne saurait se soustraire et qui sont des cas fortuits ; il pourra aussi éclater une tempête exceptionnelle qui fera s'écrouler les travaux en cours ; ce sera la force majeure.

Cette distinction faite, il est bien évident que l'Administration ne saurait jamais être rendue responsable pour force majeure. Mais en est-il de même pour le cas fortuit, qui, selon l'expression très suggestive de M. Hanriou, est une faute de service qui s'ignore, inhérente à l'entreprise, en principe évitable ? La jurisprudence du Conseil d'Etat a varié en cette matière, tantôt déclarant, par un simple raisonnement, en l'absence de toute preuve que l'explosion, par exemple, ne se serait pas produite si toutes les précautions avaient été prises, et que, par suite, l'Etat n'est pas fondé à décliner sa responsabilité (1) ; — tantôt au contraire, confondant cas fortuit et force majeure, rejetant le recours en l'absence de justification par le requérant de circonstances fautives, de nature à engager la responsabilité de l'Etat (2). Il semble cependant, comme nous le verrons tout à l'heure, que, dans sa toute dernière jurisprudence, le Conseil d'Etat mette désormais, au moins dans les cas graves, le cas fortuit à la charge de l'Administration.

Ainsi plusieurs éléments concourent à faire varier la responsabilité du service, à l'atténuer dans certains cas,

(1) C. d'E., 20 mai 1904, Perrimond.

(2) C. d'E., 10 mai 1912, Ambrosini.

sinon même à la dégager complètement. Bien plus même, toute faute du service n'est pas de nature à engager sa responsabilité, à qui certains arrêts formels du Conseil d'Etat assignent certaines limites. Reprenons, pour délimiter ce domaine, l'analyse en sens inverse des deux éléments, de l'appréciation objective desquels nous faisons découler la faute du service public ; d'une part la conformité de l'acte au but du service, d'autre part, son rapport avec la diligence normale, moyenne, de ce service. Envisageons ces deux éléments d'un point de vue contraire, et voyons si la responsabilité de l'Administration ne se trouve pas délimitée d'une part par la nécessité d'un certain degré de gravité de la faute, d'autre part par la responsabilité personnelle de ses agents.

A. Sur le premier point, la jurisprudence est formelle. La faute du service public n'engage la responsabilité de l'Administration que lorsqu'elle atteint un certain « degré de gravité » (1), et dans cette expression, il nous appa-

(1) Le principe en était déjà très nettement affirmé dans les conclusions Romieu sur l'affaire Greco, ainsi qu'en témoigne le passage suivant : « Ce qui est vrai, c'est que toute négligence, toute erreur toute irrégularité n'entraînera pas nécessairement la responsabilité pécuniaire de la puissance publique. Il appartient au juge de déterminer dans chaque espèce s'il y a une faute caractérisée du service de nature à engager sa responsabilité... » Les auteurs s'y rallièrent plus difficilement, surtout ceux que leur doctrine avait amené à faire l'assimilation de la faute lourde et de la faute personnelle. Cependant dans sa note au S. 1911, 3, 138, sous le fameux arrêt Delpech (C. d'E., 20 février 1911) qui mettait à la charge de la commune la responsabilité

rait que la jurisprudence fasse contenir à la fois la grossièreté de la faute, eu égard aux écarts normaux que présente le fonctionnement moyen d'un service public, et la gravité proprement dite, c'est-à-dire les conséquences dommageables graves de cette faute en ce qui concerne le particulier lésé. C'est là une condition essentielle et qui va de soi. On ne saurait, en effet, permettre aux administrés d'intenter à tout propos des actions contre les Administrations publiques. La responsabilité de ces Administrations est basée sur le principe d'équité que tout dommage causé par leur faute doit être réparé, mais encore faut-il que ce principe soit contenu dans certaines limites, sinon plus d'administration possible. La jurisprudence exige donc qu'un dommage sérieux ait été causé par une faute sérieuse, sortant des accrocs et errements ordinaires, et il nous paraît que ses arrêts sont de plus en plus tournés en ce sens (1).

d'une sorte de quarantaine prononcée contre un instituteur et le refus du maire de livrer à celui-ci la clé de l'école, M. Hauriou est amené à modifier encore une fois sa doctrine : « Il se peut, dit-il, que des fautes lourdes ne soient pas susceptibles de se détacher de l'exécution du service, et par suite n'engagent que la responsabilité de l'Administration, à l'exclusion de celle de l'agent ».

(1) Certains arrêts (12 juillet 1907, Com; 10 mars 1911, Hédouin) disent que la faute commise n'est pas susceptible d'ouvrir un droit à indemnité; d'autres (24 février 1912, Vignerte) que l'Administration a commis une simple *erreur* et non une *faute* de nature à engager la responsabilité de l'Etat. Voir enfin les considérants de l'arrêt Vallet (20 juin 1919) : « Consid. que le 29 juillet 1911, au cours d'une représentation donnée par une troupe de forains sur une place publique, avec

Deux observations s'imposent donc à ce sujet: la première, c'est que nous sommes loin, à l'heure actuelle, de cette conception d'après laquelle la responsabilité de l'Administration n'était envisagée que négativement par rapport à celle de ses agents, et qui avait eu pour conséquence, nous avons vu pour quelles raisons, d'assimiler la faute du service à la faute légère, la faute lourde demeurant en principe faute personnelle. « Ce n'est qu'une faute de service », avait-on coutume de dire. Aujourd'hui tout est changé. La responsabilité de l'Administration étant envisagée en soi, comme portant en elle-même son principe et obéissant à des règles propres et indépendantes, on était amené, dans la sphère même de la responsabilité administrative, à faire également une certaine distinction de fait entre les simples errements normaux et les fautes assez lourdes pour entraîner la réparation par le service.

Mais, d'autre part, c'est notre deuxième observation, rien de commun entre cette faute lourde du service et la faute lourde du fonctionnaire dont nous avons eu déjà à nous occuper dans la deuxième partie de cette étude. Celle-ci était une faute humaine lourde, avec ses élé-

l'autorisation du maire de la commune, un piquet supportant l'un des appareils d'éclairage au pétrole a été renversé par un chien, et en tombant, a mis le feu aux vêtements du jeune Vallet, lequel est décédé des suites de ses brûlures; consid. que l'instruction n'a établi aucune *faute lourde du service public* de nature à engager la responsabilité de la commune à raison de cet accident... » L'arrêt Duchesne déjà cité parle aussi de « faute manifeste et d'une particulière gravité ».

ments humains d'intention, de bonne ou de mauvaise foi, de faiblesse, de passion ou de légèreté, ses éléments subjectifs d'aggravation ou d'atténuation, appréciés par les tribunaux judiciaires suivant les principes du droit commun. La faute lourde du service, nécessaire pour engager la responsabilité de l'Administration est une faute objective, c'est-à-dire qui s'apprécie objectivement, suivant qu'elle tranche ou non — c'est une question de fait — sur les habitudes mauvaises, sur le fonctionnement normalement médiocre du service. Il y a là deux sphères absolument distinctes, séparées par une cloison étanche, et c'est en cette matière ce qu'il importe de bien saisir.

Il y a cependant des cas exceptionnels où le juge administratif semble reconnaître la responsabilité de l'Administration même en l'absence de faute, où il semble admettre sans détour ni déguisement la responsabilité pour risque. La jurisprudence du Conseil d'Etat nous en donne de récents exemples, parmi lesquels les arrêts *Regnault-Desroziers* et *Colas* (1) sont les plus remarquables. Ces arrêts ont sanctionné des recours formés par les victimes d'accidents très graves, causés par des services particuliers entraînant des risques exceptionnels. Tel est le cas typique des dommages causés par l'explosion du fort de la Double-Couronne, dans lequel des munitions avaient été stockées en grande quantité. Mais il n'y a là, en fin de compte, que la mise

(1) C. d'E., 28 mars 1919 et 21 mai 1920, conclusions Corneille.

à la charge de l'Administration des cas fortuits dans des circonstances graves. Le cas fortuit étant une faute de service qui s'ignore, le particulier lésé est le plus souvent dans l'impossibilité de prouver cette faute de service; il se peut même que l'état de la science ou les circonstances de l'affaire ne permettent pas de la révéler; mais on peut affirmer *à priori* qu'elle existe. Pourquoi exiger dans ce cas une preuve impossible du requérant, et ne serait-il pas injuste de le débouter? On le décharge alors simplement du poids de la preuve, et c'est la responsabilité pour risque. La jurisprudence administrative était d'autant plus à l'aise pour la reconnaître dans des espèces aussi exceptionnelles, que sa conception de la faute paraît désormais bien fixée. Mais il est nécessaire de cantonner à la place relativement exigüe qui lui revient cette application en droit administratif de la théorie du risque; « théorie exceptionnelle et de complément » comme la qualifie en définitive M. Hauriou lui-même. Le droit commun en droit administratif, c'est la responsabilité pour faute, pour faute spéciale, mais pour faute tout de même.

B. — Si nous envisageons maintenant le deuxième élément de l'appréciation, la conformité de l'acte au but assigné au service par sa loi, nous allons trouver une nouvelle limite à la responsabilité de l'Administration, et cette fois du côté de la responsabilité personnelle de l'agent, — mais il y a là une frontière qu'il faut soigneusement préciser.

Nous pensons avoir suffisamment montré les carac-

tères soit de la faute personnelle soit de la faute du service public, pour qu'il apparaisse avec quelque évidence qu'il n'y a point entre elles de connexité ou plutôt d'interdépendance rigoureuse, comme la doctrine l'a longtemps enseigné. Contrairement à ce qu'affirment plusieurs auteurs, M. Dareste encore, la faute du service ne se définit pas négativement par la faute personnelle. C'est une conception pratiquement impossible puisque les deux fautes résultent d'appréciations essentiellement différentes, l'une objective, l'autre subjective (1).

Mais il y a cependant un point de vue, qu'il s'agisse des actes juridiques ou des actes matériels, où les deux fautes s'excluent, c'est celui du but: quand l'acte a été accompli par le fonctionnaire avec une intention person-



(1) Aussi bien, dès sa note sous l'arrêt Métivier, M. Hauriou en avait-il senti toute la difficulté: « De la différence qu'on sent exister entre le fait personnel du fonctionnaire et l'acte qui reste administratif, on tire assez facilement cette conclusion que la théorie du fait personnel est une théorie subjective qui tient compte des intentions de l'agent, tandis que la théorie de l'acte administratif reste objective et ne tient compte que des nécessités de la fonction administrative. Cela est rigoureusement exact. Mais il semble bien qu'on aille plus loin et qu'on ait dans l'esprit cette idée que l'une des théories sert de limite à l'autre, que le fait personnel, chose subjective, doit se définir par opposition à l'acte administratif, chose objective, que l'un commence où l'autre finit, etc. Il est clair que cette façon d'interpréter les choses ne fournit aucune solution. Car de dire qu'il y a un point où il faut passer de l'examen subjectif à l'examen objectif, de la théorie du fait personnel à la théorie de l'acte administratif ne nous indique pas où se trouve le point de passage. »

nelle, une arrière-pensée privée, la faute est exclusivement personnelle, et inversement. Ici le point de vue du but apparaît clairement avec toute son importance. L'Administration ne saurait en aucun cas être rendue responsable d'une décision prise par un de ses agents, si cet agent a été poussé par un mobile personnel. Quels que soient le caractère exceptionnel de la faute et la gravité du dommage causé, l'agent en doit seul supporter la charge entière.

Il y a là une frontière extrêmement rigoureuse entre les deux fautes; mais empressons-nous de dire que c'est la seule. Dans tous les autres cas, il ne saurait y avoir entre elles une exclusion de ce genre; elles reprennent leur indépendance dans la sphère et sur le plan qui leur sont propres (1).

(1) Cette opinion est contraire à celle professée longtemps par la quasi-unanimité de la doctrine, comme nous le verrons dans la dernière partie de cette étude. Nous lisons notamment dans l'ouvrage de M. Tirard, *La Responsabilité de la puissance publique*: « La responsabilité de la puissance publique se trouve donc limitée par la responsabilité personnelle de l'agent. De même que la première est évidemment exclusive de la seconde, la seconde est exclusive de la première. La jurisprudence semble bien fixée en ce sens. » Mais l'arrêt du Conseil du 5 février 1904, demoiselle Ginière, que cite M. Tirard à l'appui de sa thèse, est rendu dans une espèce d'arrestation arbitraire, d'atteinte à la liberté personnelle où la faute, selon l'expression souvent employée par le Conseil, était *exclusivement* personnelle à son auteur.

*
**

En fin de compte, — et c'est notre conclusion à cette troisième partie, — le fin mot de l'évolution moderne de la jurisprudence administrative en cette matière, a été, se détachant de l'extrême confusion où l'avait entraînée l'examen minutieux des circonstances de chaque espèce en vue de la recherche des principes, de distinguer deux lois : d'une part la loi du service, d'autre part la loi de la fonction ; la première large et de grande envergure ; l'autre plus restreinte et comme s'emboîtant dans la première. Le Gouvernement d'un Etat moderne se rend compte qu'une des catégories de la vie sociale est mal organisée, que l'initiative privée est impuissante à répondre à un besoin profond de la nation, que seul l'Etat avec ses ramifications et ses moyens puissants d'action est susceptible d'y satisfaire : un service public est créé. Prenons par exemple l'assistance médicale gratuite ; la grande loi du 15 juillet 1893 la prescrit. Elle pose tout d'abord le principe et le but du service : Tout Français malade et privé de ressources reçoit l'assistance médicale gratuite. Le but posé, elle organise ; d'abord les différents rouages municipaux, départementaux et nationaux qui seront chargés du service ; puis les conditions imposées aux administrés pour en bénéficier : le domicile de secours ; les bureaux et les listes d'assistance ; les moyens financiers ; le budget de service, etc. ; voici, sur le territoire national, un service public

qui devra assurer à tous les citoyens malades et sans ressources les soins médicaux que, suivant certaines conditions, ils pourront exiger : loi du service.

Mais, pour assurer ce service, un corps nouveau de fonctionnaires va être également créé. Que va-t-on imposer à ces fonctionnaires ? de veiller à ce que tous les Français malades et pauvres soient soignés ? c'est au-dessus de leur force ; l'initiative privée elle-même, plus dévouée et plus vigilante, n'y réussirait pas. C'est ici qu'intervient la loi de la fonction. On morcellera le champ d'activité du service en une infinité de carrières dont chacune sera confiée à un agent spécial, et ainsi, du haut jusqu'en bas de la hiérarchie, chacun, sans s'occuper de la tâche de son collègue, va travailler et agir pour mener à bien la tâche restreinte qui lui est confiée ; c'est cette activité restreinte qui est régie par la loi de la fonction. La loi de la fonction prescrira à chacun le zèle et l'activité, l'obligation de s'acquitter de son devoir en homme moyennement intelligent et diligent, l'obligation d'écarter du service toute pensée personnelle ou de malveillance ; — sans doute aussi, à mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie, prescrit-elle à chacun plus de largeur de vues, plus d'initiative ; mais le champ de cette initiative sera cependant limité.

Ainsi un service devrait être, logiquement, conçu et organisé de telle sorte que les différentes fonctions, s'enchaînant les unes aux autres, soient prévues comme devant assurer, par un exercice normal, un bon fonctionnement général du service ; mais ce n'est pas tou-

jours le cas, et l'on peut concevoir telle défaillance du service public lui-même, qui ne saurait en aucune manière être imputée à la charge d'agents déterminés. L'agent ne sera personnellement responsable que s'il a manqué à la loi de sa fonction ; la loi du service public dépasse sa portée et ne saurait l'engager jamais (1).

Il y a donc entre ces deux lois une distinction peut-être un peu subtile, mais qui, nous semble-t-il, jette sur toute cette question tant débattue un jour définitif. C'est, à notre avis, pour l'avoir faite implicitement, que notre juridiction administrative devait, dans une évolution récente, envisager la possibilité d'accidents où les manquements aux deux lois pourraient être relevés ; et ceci nous amène à l'étude du système du cumul des responsabilités qui fera l'objet de notre quatrième et dernière partie.

(1) Aussi bien, lorsque certains faits dommageables sont allégués devant lui, le Conseil d'Etat, comme le Tribunal des Conflits, s'inquiète-t-il d'abord de savoir s'ils ont trait au fonctionnement du service ou à une défaillance du fonctionnaire : C. d'E., 13 décembre 1907, Peytel, « consid. que les faits articulés par la requérante se rattachent au fonctionnement du service sanitaire, etc. », voir aussi Conflits, 27 février 1908, Feutry.

QUATRIÈME PARTIE

Du Cumul des Responsabilités. — Conclusions

On était ainsi amené au cumul (1). Du fait que la faute du service public et la faute personnelle s'étaient développées parallèlement dans des sphères indépendantes, du fait que l'on ne se trouve plus en présence de deux notions ne présentant entre elles qu'une différence de degré, mais de deux ordres d'idées complètement distincts, il n'y avait plus de raison de poser d'une façon tranchante le principe du non-cumul. L'évolution d'autre part qui tendait à restreindre la faute personnelle aux cas de fautes lourdes et graves, tendait en même temps à rendre impossible pour l'agent fautif la réparation matérielle du dommage causé. Nous avons vu en effet dans ce qui précède qu'il était difficile de distinguer en pratique la faute lourde de la faute grave en conséquences, et que la jurisprudence ne chargeait personnellement le fonctionnaire que dans les espèces où ces deux caractères étaient réunis : mais alors comment aboutir à une réparation effective? les agents fautifs sont en effet le plus souvent des personnes dont les ressources pécuniaires sont très disproportionnées avec les ris-

(1) Nous renvoyons, dès le début et une fois pour toutes, pour tout ce qui concerne la question du cumul, au bel article, si mesuré et si complet, de M. le professeur Fliniaux (*Revue de droit public*, 1921, p. 333) dont nous nous sommes largement inspirés dans les pages qui vont suivre.

ques que leur activité administrative leur fait encourir. — Il existe d'ailleurs, très ancré dans l'opinion publique, ce principe civiliste que l'employeur est responsable des actes de l'employé ; or le public est loin d'être au courant des ingénieuses théories juridiques échafaudées sur les rapports qui unissent l'Administration et ses agents, et si un particulier lésé ne peut trouver du côté de ceux-ci l'indemnisation pleine et entière que l'équité impose, il se retournera d'instinct contre l'Administration, considérée comme employeur. C'est là un geste tout naturel, tout instinctif, mais qui jusqu'à ces derniers temps restait sans effet par suite de la rigueur du principe du non-cumul avec lequel il était en contradiction flagrante.

Ce principe du non-cumul qui régna comme une véritable superstition pendant quarante ans dans la jurisprudence et surtout dans la doctrine administratives, avait paru s'imposer après que, de l'arrêt Pelletier, se fut dégagée la distinction entre le fait personnel et le fait de service, comme un corollaire nécessaire de cette distinction. Les termes de fait personnel et de fait de service qualifiaient une même faute d'un agent administratif suivant son plus ou moins grand degré de gravité, suivant son rapport plus ou moins étroit avec la tradition du service. Il semblait établi et acquis que, suivant son degré de grossièreté, une faute pouvait, à une minute donnée, changer sans difficulté son caractère administratif pour le caractère personnel, le fait de service n'existant d'ailleurs que négativement par rapport au

fait personnel. Mais, la théorie étant ainsi posée, il en fallait déduire qu'une même faute devait être ou administrative ou personnelle, et la logique de cabinet ne pouvait admettre qu'elle fut les deux à la fois. Le principe du non cumul se dégageait ainsi d'un raisonnement simple et logique : le souci de la belle ordonnance des doctrines l'imposait à la pensée de la grande majorité des juristes, et c'est ainsi qu'il domina pendant quarante ans en dépit de son opposition avec les nécessités de la réalité (1).

M. Hauriou, pour ne point suivre la route commune, aboutissait cependant aux mêmes conclusions (2). Développant sa théorie « organique », et envisageant les agents non comme des mandataires ni comme des préposés, mais comme des organes : « Ils sont, dit-il, tous des organes, aussi bien les agents d'exécution ou ceux

(1) Voir notamment Duguit : *Droit constitutionnel* (éd. 1911), tome I, p. 550. — Duguit : *les Transformations du droit public*, 1913 ; pages 269, 275, 277. — Moreau, *Droit administratif* : n° 451 : « En pareil cas (faute personnelle), il est juste que la question de responsabilité se pose à l'égard de l'agent et non à l'égard de l'Etat. Il suit de là que la responsabilité ne saurait incomber à la fois à la personne administrative et à son agent ». — Teissier, *op. cit.*, n° 54 : « En pareille hypothèse (faute personnelle), il n'y a place que pour des actions en réparation contre l'agent lui-même qui, n'ayant pas agi au nom de la puissance publique, n'a pu l'engager ». — Voir aussi, dans le même esprit, la 6^e édition du *Traité* de M. Hauriou : « L'Administration n'est pas responsable des faits personnels de ses agents, c'est-à-dire des fautes qui dépassent en gravité la faute de service. »

(2) Hauriou, 9^e édit., p. 532,

de préparation que ceux de décision, aussi bien les agents subalternes que les agents haut placés. Etant des organes, ils ne font qu'un avec la personne morale quand ils agissent dans la ligne de leur fonction et, agissant ainsi, s'ils causent un préjudice quelconque par une faute qui puisse être considérée comme incluse dans les limites de la fonction, il ne saurait y avoir deux responsables, il ne saurait y en avoir qu'un, la personne morale, puisqu'il n'y a qu'une volonté, celle de la personne morale. Au contraire si, bien que matériellement en fonction, ils ont commis une faute qui ne puisse être considérée comme incluse dans les limites psychologiques de la fonction appropriée par la personne morale, ils cessent d'être les organes de celle-ci, ils doivent être personnellement responsables de leur fait personnel, mais la personne morale ne doit pas en être responsable parce qu'elle n'y a été pour rien : il n'y a encore ici qu'un responsable et c'est l'agent. — Donc, jamais de cumul, ou bien la responsabilité de l'Administration seule pour la faute de service, ou bien la responsabilité du fonctionnaire seul pour le fait personnel ».

On chercherait vainement dans ce principe du non-cumul autre chose que la conclusion logiquement arbitraire de théories abstraites. C'est un principe qu'ayant dégagé de leurs théories, de leur doctrine, les jurisconsultes ont imposé, sans s'apercevoir qu'il cadrerait mal avec les nécessités de fait, c'est encore une fois un des meilleurs exemples de l'influence parfois fâcheuse de la théorie dans le droit.

Qu'on n'invoque point pour l'expliquer, comme le fait M. Hauriou, la préoccupation de couvrir administrativement les fonctionnaires et de les préserver des poursuites que les particuliers pourraient intenter contre eux devant les tribunaux civils, préoccupation mêlée à celle d'accorder cependant des satisfactions pécuniaires aux victimes des dommages causés. Ce sont là des soucis qui ont certes toujours dominé dans la jurisprudence administrative, mais nous nous refusons à y voir des raisons pratiquement valables du principe du non cumul. Ce sont des préoccupations qui sont aussi bien ménagées, sinon bien mieux, aujourd'hui que le cumul semble enfin reconnu définitivement. Nous croyons en effet avoir suffisamment montré que la restriction du domaine de la faute personnelle, l'extension de la responsabilité de la puissance publique, et le souci de plus en plus fort d'aboutir en équité à une réparation effective du dommage, étaient des éléments qui devaient déterminer l'éclosion du cumul à quoi nous avons assisté.

Que si enfin M. Hauriou déclare voir dans le jeu des principes de compétence, c'est-à-dire dans le fait que, des deux espèces de responsabilité, l'une est civile et l'autre administrative, une raison de non-cumul, nous déclarons au contraire voir dans cette dualité de responsabilités la meilleure possibilité pratique de coexistence de deux compétences. Les deux ordres de juridiction chargés d'apprécier des fautes indépendantes et jugeant d'après leur procédure particulière et leur esprit propre étaient amenés, non point par le hasard, mais bien par

les nécessités même de la vie, à affirmer chacun dans leur sphère leur compétence, et à poursuivre dans des voies parallèles la réparation d'un même dommage contre des auteurs et des responsabilités différents.

Aussi bien une tendance au cumul se marque-t-elle depuis déjà plusieurs années dans la doctrine. M. Darest (1) reconnaît que le principe du non-cumul n'est pas absolu et que les deux fautes peuvent coexister dans certains cas. M. Jèze consacre à des arrêts de cumul un article de la *Revue de droit public*, 1914. M. Hauriou, même, dans sa 10^e édition, constate l'avènement de la théorie nouvelle (2).

(1) *Op. cit.*, pp. 542 et 543.

(2) Le regretté M. Michoud, dont M. Hauriou a dit dans un article émouvant, (*Revue de droit public*, 1916, p. 483), la sagesse simple et l'originalité mesurée, semble s'être affirmé, dès 1895, comme un des premiers auteurs partisans du système du cumul. Reprenant un passage de la 1^{re} édition de Laferrière, disant que de principe l'Etat ne répond pas pour le fonctionnaire, il le commente ainsi : « Nous devons dire que cette doctrine n'est nulle part à notre connaissance formulée dans les arrêts d'une manière précise. La jurisprudence a établi une distinction entre le fait personnel et l'acte administratif, dans le but de soustraire, en cas d'acte administratif, le fonctionnaire aux poursuites devant les tribunaux judiciaires. Mais nous ne connaissons point d'arrêt ayant déclaré en principe que l'Etat était soustrait aux poursuites en cas de faute personnelle ». — Laferrière d'ailleurs, comme nous l'indiquons plus bas par des citations de sa deuxième édition, se montra tout à fait partisan du cumul. — Il faut reconnaître d'autre part que l'arrêt du Conseil d'Etat du 14 décembre 1906, Currie, déclare que « l'Etat ne saurait être déclaré responsable d'une faute personnelle », mais c'est le seul arrêt que notre recherche minutieuse a relevé dans ce sens, et nous ne pensons pas qu'il convienne d'en faire plus amplement état.

Est-elle donc vraiment si nouvelle, cette théorie que l'on montre en général comme née il y a trois ans à peine? Nous ne le pensons pas. L'adoption d'un pareil système avait forcément des sources anciennes. Le père du droit administratif moderne, Laferrière, en admettait, semble-t-il, parfaitement et tout naturellement l'idée : « La responsabilité civile *ne s'ajoute*, disait-il (1), à la responsabilité administrative que si l'illégalité censurée par le Conseil d'Etat constitue en même temps une faute personnelle de l'agent », ou encore : « Il ne serait pas juste en effet, que des particuliers lésés par les erreurs ou les fautes des fonctionnaires restent victimes d'un accident dont le service public est la cause ou tout au moins l'occasion, et il est conforme à l'équité que la responsabilité de l'Etat se substitue ou s'ajoute dans certains cas à celle du fonctionnaire (2) » — et ailleurs encore : « Les règles qui consacrent la compétence administrative s'appliquent à l'égard de l'Etat assigné comme responsable des fautes de ses agents sans qu'il y ait à distinguer si ces fautes sont des infractions administratives ou des fautes personnelles commises par l'agent dans l'exercice de ses fonctions. La nature de la faute qui fait varier la compétence à l'égard du fonctionnaire n'y apporte aucun changement pour l'Etat; dans les deux cas, elle reste administrative. Il suit de là que si le fonctionnaire accusé d'une faute personnelle et l'Etat civile-

(1) *Op. cit.*, I, 654.

(2) *Op. cit.*, I, 679.

ment responsable sont assignés en même temps devant un tribunal judiciaire, il y a lieu de disjoindre l'instance et de renvoyer l'Etat devant la juridiction administrative. Il en est de même si le fonctionnaire assigné appelle l'Etat en garantie ; en effet, la règle d'après laquelle ceux qui seront assignés en garantie sont tenus de procéder devant le tribunal, où la demande originaire sera pendante, encore qu'ils dénient être garants (C. P. C., 181), peut bien déroger à la compétence *ratione personæ*, mais non à la compétence *ratione materiæ*, surtout quand elle dérive du principe de la séparation des pouvoirs » (1).

Mais si, de Laferrière, nous tournons maintenant nos regards vers la jurisprudence un spectacle plus étonnant s'offre à notre vue. Ne voyons-nous pas, en effet, la construction du cumul, soi-disant réalisée dans l'arrêt Lemonnier, déjà échafaudée et parfaite dans la fameuse affaire Blanco de 1873, à propos de laquelle avait été affirmée si énergiquement la compétence administrative, et qui est également un bel exemple de cumul.

Les faits de l'affaire Blanco se présentaient très simplement. Un wagonnet chargé de tabac et appartenant à la manufacture de Bordeaux avait renversé sur sa route une petite fille qui dans le choc fut blessée mortellement. Le père de l'enfant ayant assigné devant la Cour de Bordeaux les conducteurs du wagonnet et l'Etat

(1) *Op. cit.*, I, 683.

comme solidairement responsables de l'accident mortel arrivé par leur faute, après déclinaire proposé par le préfet et rejeté par la Cour, le conflit fut élevé et confirmé en ce qui concerne l'action contre l'Etat ; mais la Cour de Bordeaux demeurait saisie de l'instance en ce qui concerne les ouvriers pris en leur nom personnel, ainsi que le dit M. David dans ses conclusions fameuses (1) ; et ainsi dans une même affaire, la compétence des deux ordres de juridiction était simultanément reconnue. Par un arrêt du 8 mai 1874, le Conseil d'Etat déclarait que la responsabilité de l'Administration était engagée par l'accident survenu à la fillette du requérant, et condamnait l'Etat à indemniser celui-ci ; nos recherches n'ont pu aboutir à découvrir quelle conclusion la Cour de Bordeaux avait donnée à l'action concernant les ouvriers ; mais cette solution importe peu ; aurait-elle été négative, comme devait l'être plus tard l'arrêt de la Cour de Cassation dans l'affaire Lemonnier, il n'en est pas moins vrai qu'avec l'affaire Blanco, nous avons dès 1873 une espèce de cumul dont nous ne trouverons pas, dans la jurisprudence la plus récente, de meilleur exemple.

Ce cas très ancien de cumul procède, en même temps qu'il la démontre, de cette nécessité de toujours, en

(1) « L'arrêté de conflit n'a revendiqué la connaissance de l'action pour l'autorité administrative qu'en tant qu'elle était dirigée contre l'Etat, laissant sans conteste à l'autorité judiciaire le droit de connaître des débats entre le sieur Blanco et les ouvriers ».

vue d'une réparation effective et juste du dommage, de faire appel, dans les cas où la théorie juridique charge personnellement l'agent, et qui sont justement par hypothèse même ceux où l'indemnité devrait être la plus lourde, à un répondant ayant plus que l'agent une capacité pécuniaire proportionnée à l'ampleur du dommage. Nous avons vu que les agents ne devaient répondre en leur nom propre que des délits, voies de fait, fautes graves ou fautes d'intention mauvaise. L'examen de la jurisprudence nous montre dans la plupart de ces cas le particulier gravement lésé se retournant instinctivement contre l'Etat pour lui demander une indemnité suffisante. Dans la plupart de ces espèces, en effet, et sauf peut-être lorsque la faute du fonctionnaire lui a été dictée par l'animosité, le ressentiment personnel ne pousse pas le particulier qui a subi un préjudice important à en obtenir à tout prix de l'agent fautif lui-même la réparation. Ce qui importe à ce particulier, c'est la réparation beaucoup plus qu'à savoir qui en supportera la charge. Ce qui lui importe aussi, c'est, dans sa poursuite, de ne pas frapper à faux. Le particulier ignore la procédure; le citoyen ordinaire ne se reconnaît point dans les multiples voies de la justice; une opération administrative lui fait grief; de même qu'il agirait en droit privé contre l'employé et son patron, d'instinct il assigne en même temps et poursuit comme solidairement responsables l'Etat et son agent.

La jurisprudence, depuis cinquante ans, nous montre de très nombreux exemples de ces poursuites; nous

trouvons dans les recueils des arrêts une foule d'espèces où le particulier a poursuivi simultanément l'agent et l'Etat. Seulement, il arrive souvent que, peu au courant du système actuel de partage des compétences, le requérant commette l'erreur initiale de mal engager ses poursuites en portant indistinctement l'action contre l'agent et l'action contre l'Etat devant les tribunaux judiciaires; si bien que dans ce cas, le conflit étant élevé, le Tribunal des Conflits est nécessairement amené à retirer aux tribunaux ordinaires la connaissance de l'action, du moins en ce qui concerne l'Etat. C'est ce qui s'est produit dans de nombreuses espèces (1).

Le Tribunal des Conflits admet alors la faute personnelle de l'agent poursuivi et rétablit immédiatement la compétence des tribunaux judiciaires, si le conflit a été élevé sur ce point également. Quant à ce qui concerne l'action dirigée contre l'Etat, reprenant la vieille formule de l'arrêt Blanco, il déclare que la responsabilité de la puissance publique, du fait de ses agents agissant dans l'exercice d'un service public, n'est pas absolue, et qu'elle ne tombe pas d'une manière générale sous le coup des articles 1382 et suivants. Le conflit est donc confirmé, et la compétence sur ce point est attribuée à l'autorité administrative.

(1) Voir notamment: Conf. 29 mai 1875, Ramez; — 13 mars 1880, Bouhellier; — 29 mai 1882, de Divonne; — 20 décembre 1884, Maillé; — 15 mars 1902, Mascaras; — 24 décembre 1904, Montlaur; — 15 avril 1905, Debief; — 10 juillet 1907, Gillet, etc..

Certains auteurs ont vu dans cette succession d'arrêts une nouvelle preuve de la reconnaissance du principe du non-cumul. Mais c'est là un point de vue inexact. Il s'agit uniquement, dans cette série de décisions, d'une question de compétence. Que pour obtenir réparation d'un préjudice causé à l'occasion d'une opération administrative, un particulier juge bon de poursuivre à la fois l'agent et l'Etat, le Tribunal des Conflits ne lui en conteste nullement le droit, mais il lui signifie seulement qu'en ce qui concerne l'Etat, il s'est trompé de juridiction en s'adressant aux tribunaux judiciaires ; et sans même examiner au fond (ce n'est pas son rôle) la question de la responsabilité de l'Etat, il déclare dans sa décision que la connaissance en appartient à la juridiction administrative, au Conseil d'Etat. Nous croyons qu'on ne pourrait, sans dénaturer les intentions du Tribunal des Conflits, donner à ces arrêts le sens d'une confirmation quelconque du principe du non-cumul. Il nous semble même que si le Tribunal des Conflits a pris parti dans la question, c'est, bien au contraire, dans le sens du cumul, et nous ne faisons pas seulement allusion à la jurisprudence récente où toutes les juridictions se sont nettement ralliées à ce système, mais même à la jurisprudence antérieure. L'arrêt *Debief* (Confl., 15 avril 1905) est significatif à cet égard. La dame *Debief* ayant demandé à la juridiction correctionnelle la condamnation d'agents des P. T. T. qui, par maladresse, ou négligence, avaient laissé tomber sur elle un fil télégraphique qu'ils réparaient, et l'avaient ainsi blessée

grièvement, prévoyant l'insuffisance de la réparation qu'elle obtiendrait, poursuivait également devant le tribunal correctionnel le sous-secrétaire d'Etat aux P. T. T. Le conflit ayant été élevé, le Tribunal des Conflits reconnaît que, en ce qui concerne les agents, le fait est de nature à constituer un délit à leur charge, mais que ces agents avaient agi « dans l'accomplissement d'un service public dont l'Administration était chargée, et auquel elle les avait préposés », que, dans ces circonstances, il appartenait à la juridiction administrative d'apprécier dans quelle mesure le fait susdit avait pu engager la responsabilité de l'Etat envers la victime. N'est-ce point consacrer ainsi, d'une façon presque explicite, le principe même du cumul.

La jurisprudence du Tribunal des Conflits est donc bien nette. C'est encore une fois une juridiction qui, sans examiner les espèces au fond ne doit trancher qu'une question de compétence. Elle n'a pas à prendre parti sur la question du cumul; il ne s'agit que d'attribuer à la juridiction convenable la connaissance d'une affaire déterminée. Cependant les considérants de l'arrêt Debief paraissent nous révéler une certaine tendance favorable au cumul. — Mais quelle a été l'attitude du Conseil d'Etat?

Nous avons vu que par son arrêt du 8 mai 1874, épilogue de l'affaire Blanco, le Conseil d'Etat avait reconnu que la responsabilité de l'Etat était engagée par l'accident mortel causé par la faute de ses agents et qu'il l'avait condamné à verser une indemnité au père de

l'enfant victime. C'était, nous l'avons dit, un bel exemple de cumul, l'autorité judiciaire restant saisie de l'action contre les ouvriers en leur nom personnel.

Le Conseil d'Etat dans les espèces où la question du cumul s'est ultérieurement posée devant lui, a cependant hésité à sanctionner nettement par ses arrêts une théorie que répudiait toute la doctrine, et il s'est montré sur ce point d'une prudence extrême. On ne peut dire qu'il ait brisé ouvertement avec sa jurisprudence de l'affaire Blanco; il semble plutôt qu'il n'ait pour ainsi dire pas osé aborder la question de front, et que même dans les hypothèses où la nécessité du cumul s'imposait pratiquement et l'inclinait à faire éclater le corset d'une théorie trop étroite, il ait plutôt envisagé le problème, soit fragmentairement, n'admettant le cumul que dans des cas très spéciaux, comme celui par exemple des dommages aux personnes en matière de travaux publics, soit de biais, exigeant alors la coexistence de deux fautes jumelles dans un même acte administratif préjudiciable.

Un premier cas particulier, que M. Fliniaux a soigneusement souligné dans son bel article de la *Revue de droit public*, 1921, c'est celui où il existe un lien contractuel unissant, antérieurement au dommage, la victime à l'Administration. L'hypothèse est la suivante: Un service public est lié à un particulier par un contrat. Un agent de ce service commet dans ce service une faute personnelle qui entrave l'exécution du contrat. Il y aura, bien entendu, responsabilité personnelle de l'agent pour

la faute commise, mais est-il vraiment possible de ne pas admettre en même temps, dans cette hypothèse, une responsabilité de l'Administration même dont l'agent vient mettre obstacle à l'accomplissement régulier du contrat. Le Conseil d'Etat ne l'a point pensé, et deux décisions de 1909 sont venues établir en pareil cas la possibilité du cumul :

La première (12 février 1909 : Compagnie commerciale de colonisation du Congo français) avait trait à une demande d'indemnité formulée contre l'Etat par la Compagnie requérante à la suite de mesures de rigueur prises par un agent de l'Administration chargé du recouvrement de l'impôt, mesures qui avaient eu pour effet de dévaster la région et de mettre en fuite les habitants, et par suite de rendre impossible pour la Compagnie concessionnaire l'exploitation des territoires concédés et le recrutement de la main-d'œuvre indigène. Le Conseil d'Etat reconnaît fondée la demande : « en admettant, dit-il, que les dits actes aient constitué des fautes personnelles, ils n'ont pas moins été accomplis par un agent de l'Etat dans l'exercice de ses fonctions, et, s'il était établi qu'ils ont entravé l'exécution du contrat entre l'Etat et la Compagnie requérante et qu'ils ont été la cause directe d'un réel préjudice pour la Compagnie, ils pourraient être de nature à engager la responsabilité de l'Etat. »

Le Conseil d'Etat (25 juin 1909 : Carretier), admettait dans les mêmes termes une action dirigée contre une commune à raison de dommages de diverses natures

occasionnés par les agissements des agents du service vicinal, « lesquels agissements, en admettant qu'ils aient constitué des fautes personnelles, n'en ont pas moins été accomplis par des agents de la commune intéressée dans l'exercice de leurs fonctions, et ont entravé l'exécution du contrat intervenu entre le sieur Carretier et la commune, — et sont par suite de nature à engager la responsabilité de cette dernière. »

Un second cas particulier sur lequel une note récente de M. Mestre (S. 1921, I, 353) est venue jeter une grande clarté, est « le cas complexe de l'accident aux personnes survenu dans l'exécution d'un travail public et résultant de l'infraction pénale. » C'est dans un arrêt du 22 mai 1912, dame Augé-Chiquet, qu'il semble que le Conseil d'Etat ait pour la première fois délibérément exposé la doctrine sur cette situation spéciale, « placée, selon l'expression de M. Mestre, aux confins du droit pénal, du droit civil et du droit administratif. » Le Conseil de préfecture de l'Aveyron avait rejeté comme irrecevable la demande formulée par la dame Augé-Chiquet contre le sieur Vigouroux, entrepreneur, et contre le préfet de l'Aveyron, représentant l'Etat, à raison de l'accident mortel survenu à son fils au cours de l'exécution de travaux publics; pour rejeter cette demande, le Conseil de Préfecture s'était basé sur ce que le décès de la victime était le résultat d'un homicide par imprudence, et que l'action civile née de ce délit se trouvait prescrite avec le délit lui-même. Mais le Conseil d'Etat reconnaît dans son arrêt, que « si la dame Augé-Chiquet eût pu porter

devant l'autorité judiciaire une action civile de cette nature, l'action introduite par elle devant le Conseil de Préfecture en était distincte, qu'elle dérivait, non d'un délit, mais d'un dommage causé par l'exécution d'un travail public, que ces deux actions étaient soumises à des règles différentes, et que la prescription opposable à la première était sans application pour la deuxième. »

Ainsi, comme l'analyse de M. Mestre le fait si bien ressortir, la victime de l'accident se trouve avoir à sa disposition, à son choix et, si elle le veut, en même temps, d'une part l'action civile née du délit, qui sera déférée au juge de droit commun, qui se prescrira comme le délit lui-même et ne pourra aboutir à des dommages intérêts, si le délinquant a été préalablement acquitté par le tribunal correctionnel ; d'autre part l'action de travaux publics qui ne pourra être jugée que par le Conseil de Préfecture, qui se prescrira par trente ans, et qui, tout à fait indépendante de l'action pénale, pourra aboutir à une indemnité, malgré l'acquittement de l'inculpé.

Le Tribunal des Conflits qui, primitivement, ne reconnaissait que la compétence du seul Conseil de Préfecture en cette matière (1), se ralliait à la doctrine du Conseil d'Etat dans son arrêt du 2 mai 1914, Provost : il s'agissait d'une fillette qui, traversant la cour d'une école communale où des travaux étaient exécutés pour l'écoulement des eaux, était tombée dans une tranchée

(1) Confl. 8 novembre 1902, Loquen ; — 11 décembre 1909, Nicolas.

ouverte par le cantonnier Cornu et qui n'était ni éclairée ni entourée de barrières. L'action ayant été portée par le père de la victime à la fois contre le cantonnier et contre la Ville qui avait entrepris les travaux, le Tribunal des Conflits renvoie d'abord le cantonnier devant le tribunal correctionnel pour y répondre de faits qui, s'ils étaient établis, constitueraient le délit d'homicide par imprudence, prévu et puni par le Code pénal ; quant à la Ville, l'action dirigée contre elle étant fondée sur ce que le cantonnier aurait agi comme son préposé, est renvoyée devant le Conseil de Préfecture à qui il appartient, puisqu'il s'agit de travaux publics, d'apprécier dans quelle mesure ce fait a pu engager la responsabilité de la commune.

La Cour de Cassation enfin se ralliait à ces solutions, dans son arrêt du 27 novembre 1918, *Compagnie des tramways de Nice*, dont les attendus sont très explicites : « Attendu que si en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII, article 4, alinéa 3, l'autorité administrative est seule compétente pour prononcer sur la responsabilité résultant des torts et dommages causés aux particuliers par le fait personnel des entrepreneurs, lorsque ce fait se rattache directement à l'exécution ou à l'inexécution d'un travail public, il en est autrement lorsque le fait allégué présente le caractère d'un crime, d'un délit ou d'une contravention. » Il en est autrement. Qu'est-ce à dire, souligne M. Mestre, sinon, qu'en pareil cas, l'autorité administrative ne sera plus « seule compétente et

que, par suite, les tribunaux judiciaires pourront eux aussi statuer ? (1).

Ainsi donc, dans les matières spéciales que nous venons d'examiner, la juridiction administrative admettait la possibilité pratique de coexistence de la responsabilité du Service public à côté d'une responsabilité

(1) M. Mestre, à la fin de sa note, ayant constaté les positions acquises à la suite de l'évolution du Conseil d'Etat sur la question, déclare qu'il serait désirable que suivent de nouveaux progrès, et que, puisqu'à dater de l'arrêt Feutry, l'ordre des compétences est fixé par des règles simples et logiques, il conviendrait de ne point maintenir la compétence anormale du Conseil de Préfecture en matière d'« accidents » de travaux publics, et de revenir simplement au droit commun, en l'espèce au Conseil d'Etat, d'autant que le plus souvent, ces accidents sont dus à des fautes de service. — Nous avons le regret de nous séparer ici de notre maître. Certes, les discussions périlleuses reproduites par Laferrière (II, 165) et surtout dans les magnifiques conclusions David à propos de l'affaire Aubery (Lebon, 1874, p. 22), si elles ont eu comme conclusion l'assimilation des « accidents » aux « torts et dommages », ont d'autre part montré que cette assimilation était historiquement peu justifiée; — mais la question de la simplification des compétences est une considération qui doit primer toutes les autres, et il nous apparaît que celle que préconise M. Mestre n'est pas exempte d'inconvénients; elle ne donnerait d'abord rien de mieux que la compétence du Conseil de Préfecture qui a fait ses preuves; et puis, dans l'hypothèse, sans doute fréquente en pratique, où un particulier lésé, à l'occasion d'un travail public, à la fois dans sa personne et dans ses biens, va-t-on encore diviser la compétence entre les diverses juridictions administratives, au risque de donner compétence au Conseil de Préfecture pour l'action des Travaux publics quant aux biens, au Conseil d'Etat pour l'action quant aux blessures à la personne, et aux tribunaux civils pour l'action civile née du délit ?

personnelle de l'agent fautif, soit pour la raison particulière du manquement à l'obligation contractuelle, soit pour accidents résultant de travaux publics, matière dans laquelle la faute de l'Administration n'est pas exigée; et ainsi le système du cumul trouvait dans les règles particulières à ces questions sa justification juridique. Mais en dehors de ces matières spéciales, il est d'autres cas où l'équité exige la réparation d'un dommage, et les plus belles théories juridiques doivent plier devant l'équité ou tout au moins s'adapter à elle; il s'est trouvé des hypothèses où la gravité du préjudice était telle qu'il fallait à tout prix donner à la victime ou à sa famille une réparation juste. Le Conseil d'Etat ne pouvait pas se dérober et ne pas accorder cette réparation pour la seule raison qu'elle était contraire à la belle ordonnance du droit et au partage logiquement réglé des responsabilités et des compétences. Ce fut de cette nécessité que naquit le système jurisprudentiel du cumul des responsabilités découlant du cumul des fautes.

Dès 1892, dans ses remarquables conclusions sur l'affaire Bardot, M. le Commissaire du Gouvernement Romieu avait posé le principe que l'Etat pouvait, concurremment avec le fonctionnaire fautif, endosser la responsabilité d'un acte dommageable, si, en même temps que le fait personnel de l'agent, il était possible de relever une faute à la charge du service public. « Si on examine, dit-il, l'hypothèse où l'action est fondée sur une faute personnelle à l'agent, l'Etat peut être quelquefois responsable; cela arrive si, en dehors du fait personnel

de l'agent, on rencontre un défaut de surveillance, une erreur dans les ordres de direction, une violation de règlement. En dehors de ces hypothèses, l'Etat n'est pas responsable des fautes exclusivement personnelles de ses agents. »

Dès avant 1892 d'ailleurs, il semble que le Conseil d'Etat agisse suivant ces principes et ne veuille repousser la demande d'indemnité formulée contre l'Etat que quand il ne pouvait mettre à jour un fait distinct dont le service public puisse porter la responsabilité. C'est ainsi que les sieurs de Rothschild, ayant réclamé à l'Etat une somme de 1.375.000 francs formant le montant de détournements de matières d'argent commis à leur préjudice par le sieur Deleberque, ancien directeur de la Monnaie de Bordeaux, virent leur demande repoussée par le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 8 août 1882, pour la raison que « les requérants ne justifiaient d'aucune faute des agents de l'Administration de nature à engager la responsabilité de l'Etat...; qu'il était par contre établi par l'instruction que ces détournements avaient été opérés dans des circonstances et avec une habileté qui devaient défier le contrôle des agents de l'Etat agissant dans le cercle de leurs attributions. » C'était admettre implicitement *a contrario* la responsabilité de l'Etat conjointement à celle du directeur déjà condamné correctionnellement, au cas où la faute de l'Administration aurait été constatée dans le service de la surveillance et du contrôle.

Le cumul fut d'ailleurs admis de bonne heure dans

l'hypothèse bien simple où, à propos d'une même affaire, il était possible, sans nécessité de recourir à une analyse subtile, de relever divers faits très distincts, les uns à la charge des agents, les autres à la charge de l'Administration. L'affaire Olivier-Zimmermann, par exemple, nous apparaît comme une excellente application de cette conception. Nous avons déjà analysé, dans le cours de cette étude, les multiples péripéties de procédure qui se déroulèrent entre d'une part le particulier que l'Administration avait spolié de sa sablière attenant à la rivière, et d'autre part les agents auteurs de la faute primitive et le service qui avait tenté de les couvrir. Lorsque, après un procès de dix ans, les diverses juridictions se décidèrent à réparer le dommage souffert, le sieur Zimmermann se trouva avoir à sa disposition et une action civile devant la Cour de Pau contre le conducteur et l'entrepreneur coupables d'avoir omis les formalités requises pour l'occupation temporaire, et une action en responsabilité contre l'Administration pour « l'ensemble de mesures abusives » prises contre lui. Dans cette affaire extrêmement complexe, il était possible de distinguer des faits très différents, pouvant donner lieu chacun séparément à une action propre, et ainsi le cumul allait, pour ainsi dire, de soi.

Cependant il apparut bientôt qu'il serait extrêmement difficile de s'en tenir à cette conception. Les procès comportent rarement la complexité de l'affaire Zimmermann. Vouloir, à propos d'un accident parfois très simple, distinguer les uns des autres plusieurs « faits »,

c'était se destiner par avance à une analyse des circonstances, sinon impossible, du moins laborieuse et pénible.

Cette difficulté apparaît de toute évidence à propos de l'affaire Anguet (Conseil d'Etat, 3 février 1911). Un particulier, le sieur Anguet, était entré dans un bureau de poste, le bureau fut fermé quelques minutes avant l'heure indiquée par le règlement. Ses affaires faites, le sieur Anguet, ne pouvant sortir par la porte ordinaire, fut obligé de passer par la pièce où les agents des P. T. T. trient le courrier au départ. S'étant pris de querelle avec ceux-ci, il fut par eux bousculé, saisi et jeté dans la rue d'une manière si brutale qu'il se cassa les deux jambes. L'arrêt du Conseil d'Etat sur l'action dirigée contre l'Etat, déclare que « quelle que soit la responsabilité personnelle encourue par les agents auteurs de l'expulsion (ceux-ci avaient été condamnés correctionnellement) l'accident doit être attribué au mauvais fonctionnement du service public. ». Certes on pouvait à la rigueur déclarer en l'espèce que s'il y avait d'une part, responsabilité des agents auteurs du dommage, en raison de leur brutalité, il y avait d'autre part, responsabilité de l'Administration par suite du mauvais fonctionnement du service qu'elle était chargée de gérer; les bureaux avaient été fermés avant l'heure prescrite et on pouvait voir dans cette circonstance la source de l'accident; on pouvait ici relever deux faits matériellement distincts, existant côte à côte dans un même accident, et susceptibles de devenir la source d'une res-

ponsabilité double ; mais il est bien évident cependant que l'explication est un peu forcée ; la fermeture légèrement prématurée du bureau est sans doute une cause, mais bien indirecte, de l'accident, et il fallait un réel désir de voir engagée la responsabilité de l'Etat pour relever cette circonstance.

Aussi bien dans l'affaire Babouet (C. d'E., 16 juillet 1914) dont nous avons déjà parlé à un autre propos, le Conseil d'Etat ne va-t-il plus s'attacher à relever des faits distincts, mais plutôt, et avec plus de fruit, à déceler l'existence simultanée, fut-ce dans un même accident, aux circonstances très simples, d'une double faute engageant à la fois la responsabilité de l'Administration et de l'agent. Une dame Babouet est atteinte par la chute d'un fil électrique qu'un contremaître était en train de réparer. Celui-ci ayant été condamné par le tribunal correctionnel pour homicide par imprudence, l'Administration fut également rendue responsable de l'accident parce que le mode d'exécution du travail employé par le contremaître était un procédé défectueux en usage dans l'Administration ou du moins toléré par elle, et qu'il y avait là de toute évidence une faute de service. On constate dans cet arrêt la substitution de la notion de *faute* à la notion de *fait*.

On pouvait donc, en fin de compte, constater, en l'espace de quelques années, un affinement très sérieux du système du cumul, affinement qui devait permettre à la théorie de rapides progrès. On n'admet plus seulement le cumul des responsabilités lorsque la cause de l'acci-

dent s'analyse en un ensemble de faits dont les uns peuvent être mis à la charge de l'Administration, les autres à la charge de ses agents, mais, délaissant la notion de *fait* pour la notion plus subtile et plus souple de *faute*, un même acte dommageable, contenant deux fautes jumelles, va être à l'avenir susceptible d'engager deux responsabilités jumelles (1). C'est ce que M. Hau-

(1) Dans une note que nous avons déjà eu l'occasion de citer (S. 1918, 1. 209) M. Mesire indiquait, en termes choisis, tout le parti que l'on pouvait tirer de la mise au premier plan de l'idée de *faute*: « elle permet une solution plus élégante de la grave question du cumul des responsabilités, dans les cas de plus en plus nombreux où la victime du dommage entend faire peser à la fois sur la personne publique et sur le fonctionnaire les conséquences de l'acte dont il a souffert. — On ne saurait concevoir qu'un même fait matériel put être à la fois fait de service et fait personnel; il est l'un ou l'autre; le fait personnel exclut le fait administratif et réciproquement. Pour mettre en jeu les deux responsabilités cumulativement, il faudra, par une analyse minutieuse des circonstances, dégager de l'ensemble des événements certains éléments qui pourront être considérés comme fait personnel, certains autres qui seraient fait de service; mais une pareille discrimination ne sera pas toujours possible. — La notion plus souple, plus subtile de *faute* ne donne pas lieu aux mêmes difficultés. Elle nous introduit dans le domaine mystérieux où s'élaborent les volontés de l'agent, domaine où les passions individuelles se mêlent parfois aux préoccupations administratives, dans des conditions telles qu'un même acte pourra en certains cas apparaître comme impliquant à la fois insuffisance de service et défaillance personnelle de l'agent chargé d'en assurer le fonctionnement. En somme, la notion de fait personnel exclut en principe le cumul des responsabilités de l'Administration et de l'agent; la notion de la *faute* personnelle peut s'en accommoder. »

rion exprimait déjà dans sa note sous l'arrêt Anguet : « Les deux responsabilités se cumulent quand les deux fautes se cumulent (2) », à quoi M. Hauriou ajoute aussitôt : « pas autrement », et là, il faut s'expliquer.

En effet qu'entend-on par faute ? Les juristes adversaires du cumul ont été obligés de se rendre à l'évidence et d'admettre ce système dans certains cas où il s'imposait. Ils ont alors inventé une théorie très subtile et ont déclaré, comme M. Hauriou, que, malgré la nouveauté du fait, la responsabilité découlant de la faute, si dans un même accident on pouvait discerner deux fautes jumelles, il en fallait déduire deux responsabilités jumelles. Mais dans les arrêts que nous venons d'analyser, notamment dans les arrêts Anguet et Babouet, le fait qui constitue la faute de l'Etat est un fait positif, une défectuosité positive dans le fonctionnement du service, et nous croyons bien que c'est seulement en présence de cette catégorie très distincte de fautes qu'ils entendent admettre le cumul, tandis qu'ils le rejettent dans les autres cas.

Cependant cette position n'est guère tenable : il peut y avoir faute non seulement *in agendo*, mais également *in omittendo*, et aussi encore *in eligendo*. Si, dans l'esprit de certains auteurs, c'était déjà une révolution dans les principes du droit administratif que d'admettre le cumul au cas de faute « active », il est bien facile de voir que, ce stage franchi, on était obligé d'en arriver

(2) S. 1911, 3. 137.

fatalement au second, d'admettre la responsabilité de la puissance publique parallèlement à celle de ses agents pour un simple manque de surveillance ; et il est non moins manifeste qu'en arriver à ce second stade, c'est donner au cumul une telle nouvelle ampleur que c'est en somme envisager la question sous un tout nouveau jour.

Mais alors, arrivée à ce second stade, on peut se demander si la juridiction administrative allait même en demeurer là, et si elle n'allait pas être amenée par la force de l'évolution à admettre le cumul des responsabilités, même en l'absence de faute de l'Administration, en l'absence de la faute du service public proprement dite, telle que nous l'avons caractérisée plus haut, et à proclamer que dans certaines espèces la puissance publique devait être déclarée responsable par le seul fait de la faute de son agent, ou, si l'on veut, pour cette faute lointaine et toute indirecte qu'est la *culpa in eligendo*.

Revenons en effet à l'évolution de la jurisprudence : Lorsque le juge administratif en arriva pour des raisons d'équité à un développement de la faute du service public, ce fut le point de départ du cumul, selon la forme que nous avons vu M. Hauriou concevoir dans sa note sous l'arrêt Anguet. La faute du service public devenant une faute positive, objective, complètement distincte de la notion de faute personnelle, l'expérience devait fatalement faire apparaître des cas où cette faute coexisterait avec la faute de l'agent, et c'est là la raison du premier

stade. Mais, par suite du développement de la responsabilité de la puissance publique, une évolution parallèlement contraire se faisait jour, tendant, nous l'avons vu, à restreindre les cas de faute personnelle à certains cas de fautes caractérisées : crimes, délits, voies de fait, fautes lourdes et graves. Nous avons vu que cette évolution aboutissait à poser avec acuité le problème de la réparation du préjudice, puisque, par hypothèse, un fonctionnaire n'aura pas la capacité suffisante pour réparer le mal causé. Il fallait donc, puisque la responsabilité du fonctionnaire était de plus en plus restreinte et insuffisante, développer la notion renaissante du cumul, et c'est là la raison du cumul admis pour simple faute négative de l'Administration, simple négligence, défaut de surveillance, etc. C'est ainsi qu'à ce point de l'évolution, la question se pose de savoir si la jurisprudence peut s'arrêter dans la voie qu'elle suit, et si la tendance qu'elle a manifestée au cours des dernières années ne doit pas l'amener à reconnaître le cumul en l'absence même de toute faute de l'Administration. Il y aurait alors cumul des deux responsabilités, sans qu'il y ait à proprement parler cumul des deux fautes.

Dans l'incertitude où nous sommes de l'avenir, deux raisons inclineraient à faire croire que c'est là l'aboutissement où doit tendre normalement la transformation progressive des idées de la juridiction administrative. La première raison, c'est l'exemple de l'arrêt Blanco, type et modèle du cumul, vers lequel il semble que la jurisprudence revient. Or, dans cet arrêt, dont nous

avons dit tout à l'heure l'oubli injustifié, le cumul est admis dans toute son ampleur juridique, sans que le juge administratif ou le Tribunal des Conflits aient fait appel à un de ces prétextes juridiques derrière lesquels ils ont coutume d'abriter leurs évolutions. Dans l'arrêt Blanco, le cumul est admis sans que les tribunaux aient paru songer une minute à dissimuler la véritable question et raison du cumul, l'indemnisation équitable et effective; — la deuxième raison, c'est le glissement constaté depuis quelques années déjà du droit administratif vers le droit civil, selon l'éternel retour des choses. Après avoir affirmé son indépendance et son originalité, le droit administratif, à mesure qu'il est amené à préciser les principes essentiels dont il se réclame, constate chaque jour sa parenté germaine avec le droit civil. Il n'y a pas deux sortes de principes juridiques. Le droit est un. Les lois ont une origine unique. L'équité demeure invariablement identique à elle-même. C'est à sa règle toujours égale que le droit administratif obéit comme toutes les branches du droit. Il faut donc, quelles que soient les velléités et les raisons d'indépendance à l'égard du droit commun, en arriver à suivre une route strictement parallèle. Or, le point de vue civiliste sur le point particulier que nous étudions est très net; l'employeur est rendu indirectement responsable par l'art. 1384.

Si l'on consulte la jurisprudence sur ce point, il faut avouer que l'on ne retrouve guère d'indications précises de nature à nous éclairer sur l'avenir. Les arrêts con-

cernant cette question sont d'ailleurs très rares et nous croyons qu'il serait aussi téméraire qu'arbitraire d'en tirer la moindre conclusion. Cependant, si l'évolution se poursuivait dans un sens civiliste, deux arrêts pourraient à la rigueur faire figure d'arrêts précurseurs, ce sont : les arrêts du Conseil d'Etat, 15 mars 1918, Beaudalet, et du 14 novembre 1919, Lhuillier.

Dans l'arrêt Beaudalet, il s'agissait de l'accident causé par un sous-officier, qui, en voulant dévisser une grenade allemande qu'il avait rapportée des tranchées, avait provoqué l'explosion de cet engin et causé ainsi la mort de deux dames. L'arrêt déclare bien que « quelle que puisse être la responsabilité personnelle du sous-officier, l'accident doit être regardé comme la conséquence d'une faute du service public, de nature à engager vis-à-vis des tiers la responsabilité pécuniaire de l'Etat. » Ainsi, si l'on s'en tient aux termes mêmes de l'arrêt, il y a responsabilité de l'Etat pour faute négative de l'Administration, résultant du défaut de surveillance qui a permis à un militaire de s'approprier et de déténir indûment un engin faisant partie du butin de guerre et appartenant ainsi à l'Etat. Mais nous ne voyons pour nous dans cette déclaration qu'un simple prétexte car, quelque surveillance qui ait été faite, on n'a jamais pu empêcher les soldats de rapporter du front les objets qu'il leur convenait. Or, aussi bien dans l'arrêt du 8 août 1882, Rotschild, que dans les arrêts récents comme celui du 4 janvier 1918, Duchesne, le Conseil d'Etat a déclaré que certes le défaut de surveillance entraînerait

responsabilité de l'Etat, mais à condition « que le requérant apportât la preuve des négligences commises par les agents de l'Etat dans la surveillance dont ils sont chargés (1). » Il n'est pas question de cela dans l'arrêt Beaufelet : il fallait à tout prix indemniser le requérant de la mort de sa femme et de sa mère : et ainsi le défaut de surveillance n'étant en l'espèce qu'un prétexte, l'Etat a été condamné pour la faute de son agent. — L'arrêt Lhuillier est dans le même sens : un soldat, s'étant enivré, se rendit coupable de meurtre sur la personne d'un enfant et fut par suite condamné à mort par le Conseil de guerre. A la vérité, le soldat auteur du crime était en fait seul responsable, mais ne fallait-il pas indemniser à tout prix les malheureux parents? Cette nécessité fit déclarer au Conseil d'Etat que de tels faits ne se seraient pas produits si une surveillance sérieuse avait été exercée, et l'Etat, fut, en conséquence, déclaré responsable pour manque de surveillance.

Quelque netteté de solution que semblent présenter ces arrêts, nous ne pensons pas cependant que l'on puisse en tirer argument définitif pour préjuger de la future tendance du Conseil d'Etat. La question demeure entière. Nous sommes à l'heure actuelle au tournant d'une évolution; le cumul en est déjà arrivé à sa crise de croissance. Les jours qui viennent verront-ils

(1) Il s'agit bien entendu non de la preuve exigée en procédure civile, mais du commencement de preuve que demande la juridiction administrative, pour baser l'instruction qu'elle poursuit ensuite elle-même.

s'affirmer la tendance civiliste, ou au contraire, selon l'esprit de M. Hauriou, le cumul se cantonnera-t-il à une sorte de catégorie de cas-limites ? C'est dans ces cas-limites que le cumul des deux fautes s'est révélé, ce sont les réflexions sur ces cas-limites qui ont amené les conversions récentes. Le système du cumul, ayant aujourd'hui conquis droit de cité, sera-t-il confiné au genre d'espèces dont il est né, ou, franchissant ce stade, ira-t-il jusqu'à faire admettre la responsabilité de l'Administration en l'absence de faute caractérisée du service public ? C'est là une grave question : l'application à l'Administration de l'art. 1384 ayant été jusqu'ici repoussée par les tribunaux administratifs, un revirement quelconque de la jurisprudence sur ce point constituerait un événement juridique de la plus grande importance (1).

✓ Nous nous garderons de préjuger d'une évolution qui pourra réserver des surprises ; nous nous contenterons, analysant l'arrêt Lemonnier, d'indiquer les positions acquises à l'heure actuelle, ou qui, du moins, semblent telles.

(1) Ce n'est d'ailleurs pas sous la forme brutale de l'application à l'Administration de l'article 1384 que le revirement pourrait se produire ; cette question est depuis longtemps tranchée ; Laferrière a montré (tome I, p. 677) que les principes juridiques s'y opposaient. — Mais nous avons vu (p. 162) qu'une adoption par la jurisprudence administrative, de la théorie du risque aboutissait au même résultat.



Si le déjà fameux arrêt Lemonnier ne nous paraît, ni par les faits sur lesquels il a été rendu, ni par les solutions qu'il consacre, mériter la place considérable qu'on lui donne ordinairement, les magistrales conclusions qui furent rendues à son occasion et les notes et commentaires qu'il suscita, lui valent cependant une place marquante dans la longue série des arrêts du Conseil d'Etat. Dans le cours de l'évolution que nous avons retracée, l'arrêt Lemonnier est l'étape où la jurisprudence se recueille pour consacrer d'une façon souveraine les résultats obtenus. Quoique ce soit dans les arrêts précédents, comme les arrêts Anguet, Babouet, etc., que les progrès aient été réalisés, il y a cependant entre eux et l'arrêt Lemonnier, cette différence qu'ils furent des arrêts d'espèces, et que l'arrêt Lemonnier demeure un grand arrêt de principe. La jurisprudence administrative s'est finalement rendue compte que son passé et toute la logique de l'équité précipitaient son orientation vers le cumul en dépit de toutes les considérations théoriques. L'arrêt Lemonnier en est la constatation, une sorte de recueillement, un enregistrement. Le Conseil d'Etat, par la voix de son Commissaire du Gouvernement, y reconnaît que le cumul a été déjà dans bien des cas admis, qu'il présente, en somme, la seule solution commode et conforme à l'équité ; qu'il vaut mieux, par conséquent, qu'il faut enfin s'organiser sur cette base

nouvelle plutôt que de persévérer à nier l'évidence. C'est donc de l'arrêt Lemonnier que datent non seulement les études pratiques sur le cumul, mais les essais qui tendent à l'enchasser dans des solutions juridiques harmonieuses et justes ; les conclusions Blum ouvrirent la route ; une fois le chemin frayé, les commentaires, articles et études de toutes sortes abondèrent.

Rappelons les faits : La commune de Roquecourbe (Tarn) organise pour sa fête locale annuelle un tir au fusil avec buts flottants. Le tir est installé au bord de la rivière que borde sur l'autre rive une promenade publique. — Les autorités municipales avaient sans doute mal pris leurs précautions, mal assuré le service d'ordre, car, dans le courant de la journée, des accidents faillirent arriver au préjudice des promeneurs qui s'engageaient, faute d'avertissement, sur le chemin situé en face du tir. Le maire, le sieur Laur, prévenu du danger, se contenta de donner aux tireurs des indications pour rectifier le tir, et laissa ouverte la promenade sur laquelle, vers le soir, s'engagèrent le sieur Lemonnier et sa femme. Entendant siffler des balles autour d'eux, les deux époux allaient rebrousser chemin, quand un projectile atteignit Madame Lemonnier à la gorge et la blessa grièvement.

Ignorant d'une façon précise la procédure qui devait amener à son bénéfice l'allocation d'une indemnité, le sieur Lemonnier porta tout d'abord l'affaire devant les tribunaux civils par une action dirigée contre le maire, à la fois en tant que représentant de la commune et aussi

en tant que de besoin, en son nom personnel. Nous avons déjà vu dans le cours de cette étude que c'était là bien souvent le geste instinctif de citoyens qui, non précisément au fait de la marche à suivre, intentent comme ils savent leur action. — Sur cette action civile contre le maire, la Cour de Toulouse, sur appel, le condamna à 12.000 fr. de dommages-intérêts pour faute lourde personnelle.

Mais entre temps, mieux informé, le sieur Lemonnier avait adressé une demande d'indemnité au conseil municipal, puis formé recours au Conseil d'Etat contre décision de rejet.

Ainsi donc les deux ordres de juridiction étaient à la fois saisis : d'une part, l'ordre judiciaire, en l'espèce la Cour de Cassation, par suite du pourvoi du maire contre la décision de la Cour de Toulouse, d'autre part, l'ordre administratif, le Conseil d'Etat, par suite du recours direct du sieur Lemonnier ; le premier, chargé d'apprécier la faute du sieur Laur en son nom personnel, le second, uniquement chargé de prononcer sur la faute du service public communal.

Sur ce point aucune espèce de difficulté : Une fin de non recevoir avait été invoquée par la commune de ce que les époux Lemonnier, ayant obtenu des tribunaux civils, par la condamnation prononcée contre le maire personnellement, la réparation intégrale du préjudice par eux subi, ne seraient pas recevables à poursuivre une seconde fois, par la voie d'une action contre la commune devant le Conseil d'Etat, la réparation du

même préjudice ; le Conseil d'Etat déclare sur ce point qu'il se peut que l'accident ait été causé par une faute personnelle d'un agent préposé à l'exécution d'un service public, mais que la condamnation de cet agent ne fait pas obstacle à ce que la victime de l'accident poursuive directement contre la personne publique qui a la gestion du service incriminé la réparation du préjudice souffert ; que le juge administratif est compétent pour rechercher s'il y a une faute de service de nature à engager la responsabilité de la puissance publique. — C'est en termes clairs et définitifs, la reconnaissance du cumul. Que les tribunaux judiciaires se chargent de l'agent considéré personnellement ; le droit de la victime à poursuivre l'Administration, et du juge administratif à connaître d'une telle action demeure intact.

Il y a évidemment quelque chose qui choque dans cette procédure. Certes ce n'est pas, comme le pense M. Hauriou, que deux juridictions puissent être saisies à la fois d'une façon parallèle. Rien n'est au contraire plus normal, et nous avons vu que c'était là l'aboutissement logique de l'évolution. De l'évolution de la jurisprudence se sont dégagées deux notions très distinctes de fautes, donc de responsabilités. Rien de plus logique que de voir ces deux fautes distinctes appréciées chacune dans leur sphère par deux juridictions spécialement compétentes. Rien de plus naturel et de plus juste, d'autre part, puisque cette procédure est la seule capable d'assurer au citoyen lésé dans sa personne ou dans ses

droits la juste indemnité qui doit lui revenir (1). Ce qu'il y a de mal réglé, de mal adapté dans cette façon de procéder dans notre système judiciaire, ce n'est pas la dualité de compétence ni le cumul des responsabilités, c'est l'espèce de cloison étanche qui semble séparer d'une façon absolue les deux ordres de juridictions : et ceci

(1) Dans sa note sous l'arrêt Lemonnier (S. 1918, 3. 41), par ailleurs si riche en magnifiques aperçus, M. Hauriou, en ce qui concerne la question même du cumul, ne parvient pas à déguiser un profond embarras. Cette question qui l'inquiète d'autre part à cause de ses conséquences si graves, ne laisse pas de le gêner, quant à la construction juridique. Le savant doyen, dans ses précédentes notes déjà (S. 1911, 3. 137), avait été amené par la force des choses à reconnaître le système du cumul, à s'y rallier même; mais son esprit se découvre maintenant à nous plein d'hésitation et de réticences. Aussi bien, tantôt, cherche-t-il à donner à sa théorie nouvelle de plus solides appuis, allant presque jusqu'à reprocher à M. le Commissaire du gouvernement Blum, de n'avoir pas mis le doigt sur l'argument véritable, tantôt semble-t-il se cramponner plus irréductiblement que jamais à ce principe périmé du non-cumul qu'il considérait, dans sa 9^e édition, comme encore en vigueur.

Cette façon hésitante d'envisager le système du cumul provient de ce que l'esprit de M. Hauriou est hanté de la conception primitive du fait personnel et du fait de service, qu'il cherche vainement à adapter aux idées modernes. C'est dans ce sens qu'il dit dans sa note : « ... La formule de l'arrêt Lemonnier n'entraîne pas plus que les formules des arrêts Anguet, Thévenet, etc., la nécessité d'admettre le cumul des deux responsabilités à propos d'un même fait commis par un même agent, qui serait à la fois un fait de service et un fait personnel, chose absurde; mais au contraire cette formule suppose que dans un ensemble de faits, il y a un fait personnel et des faits de service qui ne sont d'ailleurs pas attribués aux mêmes agents; il y a donc cumul des

est beaucoup plus grave et va déclancher toute une série de complications : « Vous n'avez pas à savoir, dit au Conseil d'Etat M. le Commissaire du Gouvernement Léon Blum, si M. Laur, maire de Roquecourbe, a commis ou non une faute personnelle. Vous avez uniquement à rechercher si le service est responsable de ce qui

deux responsabilités à raison du même accident, mais non pas cumul des deux responsabilités à raison du même fait; cela précise le sens de la règle classique du non cumul, cela ne la détruit pas. »

On retrouve là en fait les vestiges de la conception primitive. Aussi bien la remarque faite par M. Mestre dans une note que nous avons déjà citée plusieurs fois (S. 1918, 1. 209) à savoir, que la notion de *faute* est bien supérieure à celle de *fait*, n'était pas inutile, puisque nous voyons M. Hauriou, pour n'en point tenir compte, se heurter à de graves difficultés. — Encore une fois, toute responsabilité découle de la faute; la faute est un manquement à une obligation; le fonctionnaire est personnellement responsable quand il a manqué à la loi de sa fonction; le service public est responsable quand il a manqué à sa loi. Dès lors, inutile de se demander à propos d'un même fait, s'il est personnel ou de service; cette question n'est plus de saison. Mais y a-t-il dans un tel fait un manquement de la part du fonctionnaire à la loi de sa fonction; de la part du service, un manquement à sa loi? — Et dans ce cas, il n'est plus nécessaire, pour amorcer les deux responsabilités, de supposer, comme le fait M. Hauriou, un ensemble de faits dont les uns seraient personnels, les autres de service; mais il est possible de relever, non plus seulement dans un accident aux circonstances complexes, mais bien dans un seul et même fait, les deux fautes distinctes, les deux manquements de nature distinctes, qui baseront les deux responsabilités. Ces quelques réflexions s'éclairent, à la lumière de l'évolution de jurisprudence que nous avons décrite plus haut et qui va de l'affaire Zimmermann à l'affaire Babouet. Quoi qu'en dise M. Hauriou, la règle classique du non-cumul a vécu.

s'est passé. » Oui, certes, la question de la faute personnelle ressortit aux tribunaux judiciaires, mais c'est cependant une préoccupation que l'on ne peut pas perdre de vue. Il est évident que les deux juridictions ont à répondre sur le même fait à des questions toutes différentes, et ceci par hypothèse, puisque dans l'état actuel de la jurisprudence, seule la dualité de fautes permet la dualité de juridictions. Mais le fait que ces deux juridictions vont trancher un problème qui est le même, quoique vu sous deux aspects différents, d'une façon entièrement indépendante, sans collaboration, ni échange d'idées, le principe étant de prime abord posé devant chacune d'elles que l'on ne s'occupera point de l'instruction ni de la sentence de l'autre, ce fait peut être une source d'inquiétude, car il est de nature à entraîner en pratique de graves difficultés.

Portons tout de suite la question sur le terrain de la véritable et principale difficulté : celle de la réparation du dommage : car c'est ce point que nous ne devons pas perdre de vue puisque le système de cumul n'a été échafaudé qu'à la suite d'expériences et de considérations essentiellement pratiques sur l'indemnisation. C'est la réalisation de la réparation effective du dommage que l'on a cherché à obtenir. Voyons comment, en l'état actuel de la jurisprudence, ce but a été atteint.

L'arrêt Lemonnier est bien significatif sur ce point, et le Conseil d'Etat, dans ses considérants, n'y cache point son embarras : immédiatement après avoir proclamé sa compétence avec le principe du cumul, se

préoccupant de l'allocation de l'indemnité à la victime, il déclare qu'il faut éviter avant tout que la décision du juge administratif n'ait pour effet de procurer à celle-ci, par suite des indemnités qu'elle a pu ou qu'elle peut ultérieurement obtenir devant d'autres juridictions à raison des mêmes accidents, « une réparation supérieure à la valeur totale du préjudice subi. » Autrement dit, il faut éviter que les deux juridictions rapportant chacune dans leur sphère une sentence de responsabilité, la victime ne soit indemnisée deux fois.

Cette hypothèse est beaucoup plus à craindre, en effet, que l'hypothèse inverse dans laquelle chacune des deux juridictions, dans l'espoir d'une sentence positive de l'autre juridiction, rapporterait une sentence négative, ce qui, grâce au cumul, aboutirait à un véritable déni de justice ; l'hypothèse de la double condamnation est beaucoup plus probable, et le Conseil d'État s'en inquiéta d'autant plus que, dans ses conclusions, M. le Commissaire du Gouvernement en donna lui-même un exemple récent (1). Rien de plus naturel, étant donné l'esprit qui anime notre haute juridiction administrative, qu'à propos d'une faute quelconque d'un agent administratif, on arrive le plus souvent à déceler, soit *in agendo*, soit *in omittendo* (défaut de surveillance) une faute de l'Administration. Or, si dans l'appréciation des fautes au sujet desquelles ils sont respectivement compétents, les deux ordres revendiquent à juste titre l'indépendance

(1) C. d'E., 25 janvier 1918. Diéner.

la plus absolue, ils n'en devront pas moins, malgré qu'ils en aient, s'inquiéter mutuellement de leurs sentences respectives, sous peine d'aboutir, au cas de double faute, à l'allocation d'une double indemnité.

Or, sur ce point, il est évident que dans l'état actuel des choses, le système est mal organisé. Prenons, par exemple, ce qui se passe dans l'arrêt Lemonnier. Après l'accident dans lequel sa femme a été grièvement blessée, le sieur Lemonnier a poursuivi le maire en tant que représentant de la commune et aussi, en tant que de besoin, en son nom personnel. « C'est la responsabilité de la commune, reconnaît le Commissaire du Gouvernement Blum, qu'il avait entendu faire déclarer par la voie principale. C'est seulement en tant que de besoin qu'il avait pris le maire en son nom personnel, devant le tribunal de Castres. » Or, l'arrêt du Conseil d'Etat, reconnaissant la responsabilité de la commune par suite de l'absence de garanties suffisantes dans l'installation du tir meurtrier, condamné la commune à 12.000 francs de dommages et intérêts, mais sous la réserve expresse « que le paiement en sera subordonné a la subrogation de la commune par les époux Lemonnier jusqu'à concurrence de ladite somme aux droits qui résulteraient pour eux des condamnations qui auraient été ou qui seraient définitivement prononcées à leur profit contre le maire personnellement, par l'autorité judiciaire. » Poursuivons jusqu'au bout, en hypothèse, le raisonnement que faisait alors le Conseil d'Etat. Si la Cour de Cassation avait confirmé le jugement de la Cour

de Toulouse qui condamnait le sieur Laur à 12.000 fr. de dommages et intérêts, la commune, subrogée aux droits des époux Lemonnier, poursuivait contre lui le remboursement des 12.000 fr. par elle payée aux requérants, et c'était ainsi, en fin de compte, un fonctionnaire poursuivi dans cette affaire seulement à titre subsidiaire, en tant que de besoin, qui supportait l'entière responsabilité d'un accident, pour lequel la commune, auteur principal, avait été condamnée, mais s'en tirait à bon compte. Les faits ne se sont pas passés ainsi en réalité ; mais cela dépendait d'un arrêt de rejet de la Cour de Cassation.

Il faut d'ailleurs reconnaître que les choses ne se présentent point d'ordinaire sous un aspect aussi brutal que dans l'arrêt Lemonnier ; d'une façon générale, le particulier demandeur poursuit à la fois la personne publique et l'agent comme également responsables du préjudice qui lui a été causé ; mais même dans ce cas, la position juridique adoptée par la jurisprudence à l'égard du cumul est en contradiction avec l'esprit de ses sentences. Nous ne rentrerons pas ici dans le détail de savoir le procédé qu'il convient d'adopter pour aboutir à donner au requérant, grâce au cumul, l'assurance qu'il sera indemnisé. Au fond subrogation ou garantie, la forme importe peu, elle dépend de l'espèce même et de la façon dont le problème se présente devant la juridiction administrative. On peut dire d'une manière générale que si le jugement de l'autorité judiciaire est défi-

nitif, ce sera la condamnation pure et simple de l'Administration si l'on sait déjà que l'agent est insolvable, ou le système de la garantie s'il y a doute à ce sujet ; si le jugement n'est pas définitif, la subrogation est seule possible, du moins si l'on pense, comme actuellement, que la responsabilité de l'agent doit être maintenue au premier plan.

Car c'est là la préoccupation essentielle et sans doute justifiée de la juridiction administrative ; le procédé par lequel on arrivera à ne charger l'Administration qu'à titre subsidiaire importe peu. Et c'est ce qui est justement en contradiction avec cette sorte de prétexte juridique que nous avons analysé plus haut, d'après lequel la dualité de compétences n'est admise qu'au cas de dualité de faute. Si l'on admet la dualité de faute, il faut admettre la dualité de responsabilité ; et celle-ci manquant, c'est ainsi que le système actuel de cumul porte en lui-même un vice flagrant d'inadaptation.

Nous ne voulons pas dire par là que les solutions données par le Conseil d'Etat dans les espèces qui lui ont été soumises aient été le moins du monde injustes, quoique cependant l'arrêt Lemonnier nous ait semblé un peu dur pour le maire Laur. Nous voulons seulement faire remarquer à l'appui de ce que nous avons dit plus haut que l'état actuel du système du cumul donne l'impression d'une crise singulière. Nous avons enregistré trois stades possibles dans un développement normal du

cumul et nous avons montré à ce moment que le juge administratif, la possibilité du cumul une fois admise, avait été rapidement entraîné du premier au second stade, celui de l'admission du cumul en cas de simple faute négative de l'Administration, comme un simple défaut de surveillance ; nous avons dit alors que deux routes s'offraient à l'évolution prochaine du Conseil d'Etat : celle de la réduction du cumul à la catégorie des cas-limites, et celle d'une large extension de ce système, dans un sens civiliste. Nous montrons simplement maintenant, en faisant remarquer la contradiction flagrante du système juridique adopté avec le but que cherchent à atteindre les sentences, qu'il n'est point possible à la juridiction administrative de demeurer longtemps sur les positions actuelles. Incohérence de principe, puisque deux responsabilités étant également proclamées par deux juridictions appréciant de la façon la plus indépendante et souverainement, une seule de ces responsabilités doit supporter en définitive le poids total de la réparation ; absence d'organisation, et complexité de la procédure destinée à ne faire allouer qu'une seule indemnité à la victime, tels sont les deux vices essentiels du système actuel du cumul, tel qu'il se dégage de la dernière jurisprudence. Mais le cumul n'en est qu'à ses premières années de fonctionnement ; il s'est heurté et se heurte encore à des oppositions bien vives ; le génie adaptateur du Conseil d'Etat ne manquera pas, après les tâtonnements de l'expérience, de faire rendre à cette

procédure riche en promesses tous les services que l'on en peut attendre au profit de l'équité.

VU : 15 octobre 1922.

L. ROLLAND.

VU :

Le Doyen,

F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

P. APPELL.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	5
BIBLIOGRAPHIE	10
PREMIÈRE PARTIE. — FAIT PERSONNEL & FAIT DE SERVICE	17
Chapitre I. — <i>Exposition de la question</i>	19
1. Position de la question, 19. — 2. Les divers intérêts de la distinction posée par l'arrêt Pelle- tier : compétence, appréciation de la responsabi- lité, preuve, etc., 25. — 3. Son importance dans le droit public, 30.	
Chapitre II. — <i>Conception traditionnelle</i>	37
1. Abrogation de l'article 75. Jurisprudence de 1870 à 1873, 37. — 2. L'arrêt Pelletier et les con- clusions David, 42. — 3. Genèse de la distinction dans l'ancienne jurisprudence, 48. — 4. Jurispru- dence de 1873 à 1877. L'arrêt Laumonnier-Carriol et les conclusions Laferrière, 51. — 5. Exposé de la théorie conditionnelle, 58.	
Chapitre III. — <i>Doctrines</i>	63
1. La doctrine de Laferrière et le critérium des passions personnelles, 64. — 2. La doctrine de M.	

Hauriou et le critérium du fait détachable, 67. —
 3. La doctrine de M. Duguit et le critérium du
 but, 72.

DEUXIÈME PARTIE. — LA FAUTE PERSONNELLE..... 79

Chapitre I. — *Responsabilité des fonctionnaires
 pour fautes prévues par la loi pénale*..... 83

1. Infractions pénales privées, 83. — 2. Crimes
 et délits spéciaux, 84. — 3. Crimes et délits com-
 mis dans l'exercice des fonctions : principe, 84. —
 Applications : A. Diffamation et injures, 87. — B.
 Homicide par imprudence, 92. — Observations :
 I. Importance de l'engagement de la procédure,
 95. — II. Rapports du droit pénal et du droit
 administratif, 97.

Chapitre II. — *Responsabilité des fonctionnaires
 pour fautes non prévues par la loi pénale*.... 100

Section I. — Fautes non délictuelles contenues
 dans des actes juridiques..... 101

Principe, 101. — 1. Le but personnel, 105. —
 2. Le but administratif, 107. — 3. Critique de la
 théorie de la faute incluse, 116.

Section II. — Fautes non délictuelles contenues
 dans des actes matériels..... 124

1. La voie de fait, 125. — 2. L'intention per-
 sonnelle, 133. — 3. La question du degré de gra-
 vité de la faute. Tendances de la jurisprudence,
 136.

Chapitre III. — *Influence de l'ordre hiérarchique* 146

1. Responsabilité pénale, 147. — 2. Responsabilité civile; le dépassement d'ordre; l'ordre hiérarchique, faute personnelle, 150.

TROISIÈME PARTIE. — LA FAUTE DU SERVICE PUBLIC... 163

Chapitre I. — *La notion de fait de service*..... 165

Distinction dans l'arrêt Pelletier de l'acte administratif et du fait personnel; la notion de fait de service; contenu négatif et inutilité de cette notion; nécessité d'une notion positive de faute.

Chapitre II. — *Esquisse d'une théorie de la faute administrative* 178

I. L'extension croissante des services publics entraîne la nécessité d'une responsabilité de la puissance publique; nature spéciale de cette responsabilité; compétence spéciale de la juridiction administrative 179

II. Genèse et formation de la responsabilité de la puissance publique; la notion de faute du service public; la jurisprudence du Conseil d'Etat... 188

III. Le service public base de la responsabilité administrative; avantages de cette conception... 198

IV. — Echec de l'essai d'adoption de la théorie du risque comme théorie de droit commun en droit administratif; infériorité de cette théorie du point de vue de la responsabilité personnelle des fonctionnaires 200

V. Sources diverses de la faute du service public: a) la faute individuelle de l'agent; b)

la faute du personnel; c) la faute du service; — avantages nouveaux de la notion du service public à la base de la responsabilité..... 209

VI. Nature juridique de la faute du service public; faute objective; manquement à la loi du service: — la faute du service dans les actes matériels; dans les actes juridiques; — la question de la preuve..... 217

VII. Éléments de la faute administrative; — ses limites: a) du côté du degré de gravité de la faute; b) du côté de la responsabilité personnelle des agents..... 229

Conclusion. Distinction de la loi du service et de la loi de la fonction.

QUATRIÈME PARTIE. — DU CUMUL DES RESPONSABILITÉS.

- CONCLUSIONS 243

Principe traditionnel du non-cumul, 246. —

Ancienneté de la théorie du cumul: a) dans la doctrine: Laferrière, 251. — b) Dans la jurisprudence: l'arrêt Blanco, 252. — Jurisprudence du Tribunal des Conflits, 255. — Jurisprudence du Conseil d'Etat: 1. Cumul dans le cas de lien contractuel entre l'Administration et la victime, 258. — 2. Cumul dans le cas de l'accident aux personnes résultant de travaux publics, 260. —

3. Cumul des responsabilités découlant du cumul des fautes; origine et évolution de la jurisprudence, 264; ses tendances, 271. — Critique de l'organisation actuelle du système du cumul telle qu'elle résulte de l'arrêt Lemonnier, 277.

